يُطبع لأوّل مرّة

معراج الدراية في شرح الهداية

للإمام برهان الدّين المرغيناني

تصنيف

الإمام العلّامة الفقيه قوام الدّين الكاكي الحنفيّ

المتوفى سنة ٧٤٩ هجرية

اعتنى به

عبد الحفيظ محمد علي بيضون

دراسات إسلامية - كلية الشريعة - جامعة بيروت الإسلامية

المجلد الخامس

المحتوى:

الحدود - السّرقة - السّير -

أحكام المرتدين عن الإسلام - اللّقيط واللّقطة -

اللّقطة - الإباق - المفقود - الشّركة - الوقف - البيوع

منشورات

محمد علي بيضون

دار الكتب العلمية

DKi

بيروت - لبنان

معراج الدراية في شرح الهداية

للإمام برهان الدين المرغيناني

تصنيف

الإمام العلامة الفقيه قوام الدين الكاكي الحنفي

المتوفى سنة ٧٤٩ هجرية

اعتنى به

عبد الحفيظ محمد علي بيضون

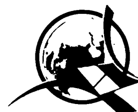
دراسات إسلامية / كلية الشريعة - جامعة بيروت الإسلامية

يطبع لأول مرة

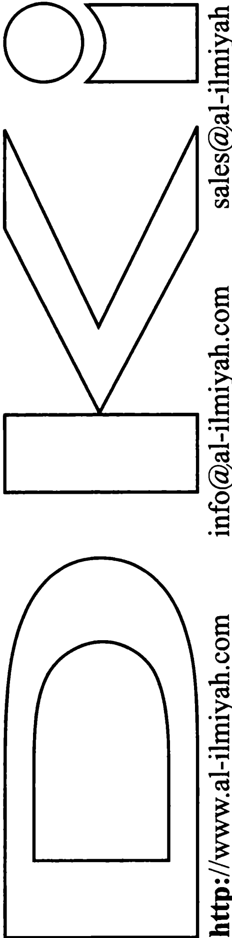
الجزء الخامس

المحتوى:

الحدود - السرقة - السير -
أحكام المرتدين عن الإسلام - اللقيط واللقطة -
اللقطة - الإباق - المفقود - الشركة - الوقف - البيوع



دار الكتب العلمية
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
DKi
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban



الكتاب: معراج الدراية في شرح الهداية

Title: MI'RĀJ AD-DIRĀYA FĪ ŠARḤ AL-HIDĀYA

التصنيف: فقه

Classification: Jurisprudence

المؤلف: الإمام قِوام الدين الكاكي (ت ٧٤٩ هـ)

Author: Al-Imam Qiwam Al-Din Al-Kaki (D. 749 H.)

المحقق: عبدالحفيظ محمد علي بيضون

Editor: Abdulhafiz Mohammed Ali Baydoun

الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-ilmiyah - Beirut

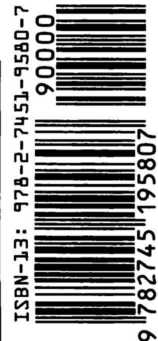
Pages	(8Parts/8Vols.) 7680 (٨أجزاء/٨مجلدات)	عدد الصفحات
Size	17 x 24 cm	قياس الصفحات
Year	2023 A.D. - 1444 H.	سنة الطباعة
Printed in	Lebanon لبنـــان	بلد الطباعة
Edition	1st (2 Colors) الأولى (لونان)	الطبعة

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah

Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
P.o.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
هاتف: +٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٠/١١/١٢
فاكس: +٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٣
ص.ب: ١١-٩٤٢٤ بيروت-لبنان
رياض الصلح-بيروت ١١٠٧٢٢٩٠



بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كِتَابُ الحُدُودِ

قَالَ: الحَدُّ لُغَة: هُوَ المَنعُ، وَمِنهُ الحَدَّادُ لِلبَوَّابِ. وَفِي الشَّرِيعَةِ: هُوَ العُقُوبَةُ المُقَدَّرَةُ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى، حَتَّى لَا يُسَمَّى القِصَاصُ حَدًّا، لِأَنَّهُ حَقُّ العَبدِ وَلَا التَّعزِيرُ لِعَدَمِ التَّقدِيرِ. وَالمَقصِدُ الأَصلِيُّ مِن شَرعِهِ الِانزِجَارُ عَمَّا يَتَضَرَّرُ بِهِ العِبَادُ، وَالطَّهَارَةُ

كتاب الحدود

لمَّا ذكر الأيمان وكفَّارتها التي هي دائرة بين العبادة والعقوبة، عقَّبها بالعقوبات المحضة.

ثم إنَّ محاسن الحدود كثيرة؛ لما فيها من صيانة دار الإسلام[1] عن الفساد، ولهذا كان الحدُّ حق الله؛ لأنه شُرع لمصلحة تعود إلى كافة الناس، ففي حد الزنا صيانة الفُرُشِ والنسل، وفي حد القذف صيانة عرض المسلم، وفي حد السرقة صيانة الأموال، فهذه كلها مستحقة عقلًا وشرعًا.

(**الحدود**): جمع حدٍّ، وهو المنع، ومنه [سُمِّي][2] البوَّاب حدّادًا؛ لمنعه الناس عن الدخول، واللفظ الجامع المانع حدًّا؛ لأنه يجمع معنى الشيء ويمنع غيره عن الدخول، وسُمِّيت هذه العقوبة حدودًا؛ لأنها [٥٦٨/أ] موانع من مباشرة أسبابها.

قوله: (**والمقصد الأصلي**...) إلى آخره، أما الطُّهرة مِنَ الذنب لا تحصل بإقامة الحد بل بالتوبة؛ ولهذا يقام الحد على كره منه، فلا يكون محصلًا للثواب، فلا تحصل به الطهرة.

قال تعالى في حد قطاع الطريق: ﴿ذَٰلِكَ لَهُمۡ خِزۡيٞ فِي ٱلدُّنۡيَاۖ وَلَهُمۡ فِي

---

(١) في الأصل: (دار السلام)، والمثبت من النسخة الثانية.

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

لَيسَت أَصلِيَّة فِيهِ بِدَلِيلِ شَرعِهِ فِي حَقِّ الكَافِرِ.

ٱلۡأٓخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴿٣٣﴾ إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُواْ﴾ [المائدة:٣٣-٣٤] فقد وعد المغفرة للتائب.

وعن يزيد بن حصين(١) قال: أُتي النبي ﷺ بسارق فقال: «**أَسَرَقْتَ؟**»، وما إخالُهُ سرق، فقال: نعم، فقال عليه السلام: «**اقْطَعُوهُ ثُمَّ احْسِمُوهُ ثم ائتوني به**» ففعلوا ذلك، فقال: «**تُبْ إِلَى اللهِ تَعالَى**»، فقال: تبت إلى الله، فقال عليه السلام: «**اللَّهُمَّ تُبْ عليهِ**»(٢).

فيه دليل أنَّ التطهير لا يحصل بالحد إذا كان مصرًّا على ذلك؛ لأنه خزي ونكال، ولهذا يقام على الكافر ولا طهرة، وفيه دليل أن التوبة لا تتم بقوله: تبت؛ فإنه قال: «**اللَّهمَّ تُبْ عليهِ**». كذا في المبسوط(٣).

قوله: (**الزنا يثبت بالبينة...**) إلى آخره، الزنا: يُمَدُّ ويُقْصَرُ، فالقصر لأهل الحجاز، والمد لأهل نجد، قال الفرزدق:

أَبَا حَاضِرٍ مَنْ يَزْنِ يُعْرَفْ زِنَاؤُهُ   وَمَنْ يَشْرَبِ الْخُرْطُومَ يُصْبِحْ مُسَكَّرا(٤)

والخرطوم: الخمر، والمُسَكَّر: بفتح الكاف، من التسكير، وهو المخمور.

والنِّسبة إلى المقصور: زِنَوِيٌّ، وفي الممدود: زِنَاوِيٌّ. كذا في الصحاح(٥).

ثم قدم حد الزنا؛ لأنه لصيانة النسل، فكان راجعًا إلى الوجود، وهو الأصل، ثم الزنا من الكبائر بالنص، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَقۡرَبُواْ ٱلزِّنَىٰٓۖ﴾ [الإسراء: ٣٢].

وعن ابن مسعود قلت: يا رسول الله؛ أيُّ الذَّنْبِ أَعْظَمُ؟ قال: «**أَنْ تَجْعَلَ للهِ نِدًّا، وَهُوَ خَلَقَكَ**» قلت: ثُمَّ أَيٌّ؟ قال: «**أن تَقتُلَ ولدَكَ خشيةَ أن يأكُلَ معكَ**»

---

(١) كذا في الأصول الخطية، والذي في مصادر التخريج: (خصيفة).

(٢) أخرجه الدارقطني (٤/ ٩٧ رقم ٣١٦٣)، والحاكم (٤/ ٤٢٢، رقم ٨١٥٠)، والبيهقي في السنن الكبرى (٨/ ٢٧١ رقم ١٧٧١٥) من حديث أبي هريرة ﵁.
وصححه الحاكم على شرط مسلم، وصححه أيضًا ابن الملقن في البدر المنير (٨/ ٦٧٤).

(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (٩/ ١٤٢).

(٤) البيت من الطويل، وهو للفرزدق في ديوانه (ص ٨٣)، وانظر: لسان العرب (٤/ ٣٧٣) (سكر).

(٥) الصحاح للجوهري (٦/ ٢٣٦٩)، والذي فيه: (زنائي).

قَالَ: (الزِّنَا يَثْبُتُ بِالبَيِّنَةِ وَالإِقْرَارِ) وَالمُرَادُ ثُبُوتُهُ عِندَ الإِمَامِ، لِأَنَّ البَيِّنَةَ دَلِيلٌ ظَاهِرٌ، وَكَذَا الإِقْرَارُ لِأَنَّ الصِّدقَ فِيهِ مُرَجَّحٌ، لَا سِيَّمَا فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِثُبُوتِهِ مَضَرَّةٌ وَمَعَرَّةٌ، ....

قلت: ثُمَّ أَيٌّ؟ قال: «أن تَزنِي بحَليلَةِ جارِكَ»(١)، فأنزل الله تعالى تصديقًا لقوله عليه السلام: ﴿وَٱلَّذِينَ لَا يَدْعُونَ مَعَ ٱللَّهِ إِلَٰهًا ءَاخَرَ وَلَا يَقْتُلُونَ ٱلنَّفْسَ ٱلَّتِي حَرَّمَ ٱللَّهُ إِلَّا بِٱلْحَقِّ وَلَا يَزْنُونَ وَمَن يَفْعَلْ﴾ [الفرقان:٦٨]، فأجمع أهل الملل على تحريمه، ويتعلق به الحد.

ثم الزنا شرعًا: إيلاج الفرج في الفرج المُحرَّم قطعًا، المشتهى طبعًا إذا انتفت عنه الشبهة.

وفي المحيط(٢): شرط وجوب الحد أن يعلم أنَّ الزنا حرام، وإنما **قال: (بالبيِّنة والإقرار)**؛ لأنه لا يظهر ثبوته عند القاضي إلا بهذين الوجهين.

لما أن علم القاضي ليس بحجة في الحدود؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِذْ لَمْ يَأْتُوا۟ بِٱلشُّهَدَآءِ فَأُو۟لَٰٓئِكَ عِندَ ٱللَّهِ هُمُ ٱلْكَٰذِبُونَ﴾ [النور:١٣]، وبإجماع الصحابة، وأن القياس يقتضي اعتباره، وبه قال أبو ثور، والشافعي في قول(٣)؛ لأن علمه فوق البينة والإقرار.

وإنما قال: **(والمراد بثبوته عند الإمام)** أي: الحاكم؛ لأن ثبوته بفعلهما حقيقة لا بالبينة؛ لانفكاك ثبوته عن البينة، بأن يكون الشهود في الواقع كَذَبَةً، أو يقع الزنا ولم يشهد الشهود، ولكن القاضي مأمور بما ظهر عنده، ولذلك ذكر ثبوته عند الإمام.

قوله: (مَعَرَّة)، في المُغرِب: المَعَرَّة: المساءة والأذى (مَفْعَلَةٌ) من العرّ، وهو الجَرَب(٤).

وفي الصحاح: والعُرَّةُ: شَيْن، المَعَرَّة: الإثم(٥).

---

(١) أخرجه البخاري (٦/ ١٠ رقم ٤٧٦١)، ومسلم (١/ ٩٠ رقم ٨٦) من حديث ابن مسعود رضي الله عنه.
(٢) انظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق (٥/ ٤).
(٣) الأم للشافعي (٧/ ١١٩)، والمجموع شرح المهذب للنووي (٢٠/ ١٦٢).
(٤) المغرب للمطرزي (ص ٣١٠).
(٥) الصحاح للجوهري (٢/ ٧٤٢).

وَالوُصُولُ إِلَى العِلمِ القَطعِيِّ مُتَعَذِّرٌ، فَيُكتَفَى بِالظَّاهِرِ.

قَالَ: (فَالبَيِّنَةُ: أَن تَشهَدَ أَربَعَةٌ مِن الشُّهُودِ عَلَى رَجُل أَو امرَأَة بِالزِّنَا) لِقَولِهِ تَعَالَى: ﴿فَٱسْتَشْهِدُواْ عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنكُمْ﴾ [النساء: ١٥] وَقَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿ثُمَّ لَمْ يَأْتُواْ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ﴾ [النور: ٤] «وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِلَّذِي قَذَفَ امرَأَتَهُ، ائتِ بِأَربَعَةٍ يَشهَدُونَ عَلَى صِدقِ مَقَالَتِك» وَلِأَنَّ فِي اشتِرَاطِ الأَربَعَةِ يَتَحَقَّقُ مَعنَى السَّترِ وَهُوَ مَندُوبٌ إِلَيهِ وَالإِشَاعَةُ ضِدُّهُ ....

وقيل: المشبه، فكان معنى **قوله: (مضرة)** أي: ضرر ظاهر على البدن **(ومعرة)** أي: ضرر يتصل ببدنه، ويسري إلى باطنه من لحوقه بانتسابه إلى الزنا.

(قوله عليه السلام للذي قذف امرأته)، وهو هلال بن أمية: **«ائتِ بأربعٍ يَشهَدونَ علَى صِدقِ مَقالَتِكَ، وَإِلَّا فَحَدٌّ علَى ظهرِكَ»**(١).

وقوله: (وفي اشتراط الأربع) تحقيق معنى الشرط احتراز عن قول البعض فإنهم يقولون: إنما اشترط الأربع؛ لأن الزنا لا يتم إلا باثنين، وفعل كل واحد لا يثبت إلا بشهادة شاهدين، ولكن هذا ضعيف؛ لأن بالشهادة كما يثبت فعل الواحد ثبت فعل الاثنين، بل لتحقيق معنى الستر، فإنه تعالى يحب الستر على عباده.

(وهو) أي: الستر **(مندوب)** قال عليه السلام: **«مَنْ أَصَابَ مِنْ هَذِهِ الْقَاذُورَاتِ فَلْيَسْتَتِرْ بِسِتْرِ اللَّهِ تَعَالَى»**(٢)، وقال عليه السلام للذي شهد عنده: **«لَوْ سَتَرْته بِثَوْبِك فهو أفضل»**(٣).

(والإشاعة) أي: إظهار الزنا **(ضده)** أي: ضد الستر، فلما كان الستر

---

(١) تقدم تخريجه قريبًا.

(٢) أخرجه الحاكم (٤/ ٢٤٤ رقم ٧٦١٥)، والبيهقي (٨/ ٣٣٠ رقم ١٧٣٧٩) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.
قال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، وقال المناوي: قال الحاكم: على شرطهما، وتعقبه الذهبي فقال: غريب جدًا، لكنه فى المهذب قال: إسناده جيد، وصححه ابن السكن، وذكره الدارقطني فى العلل وصحح إرساله. فيض القدير (١/ ١٥٥).

(٣) أخرجه أبو داود (٤/ ١٣٤، رقم ٤٣٧٧)، والحاكم (٤/ ٤٠٣، رقم ٨٠٨٠).
قال الحاكم: صحيح الإسناد.

(وَإِذَا شَهِدُوا سَأَلَهُم الإِمَامُ عَن الزِّنَا، مَا هُوَ، وَكَيفَ هُوَ، وَأَينَ زَنَى، وَمَتَى زَنَى، وَبِمَن زَنَى؟) لِأَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ استَفسَرَ مَاعِزًا عَن الكَيفِيَّةِ وَعَن المَزْنِيَةِ، وَلِأَنَّ الِاحتِيَاطَ فِي ذَلِكَ وَاجِبٌ، لِأَنَّهُ عَسَاهُ غَيرُ الفِعلِ فِي الفَرجِ عَنَاهُ أَو زَنَى فِي دَارِ الحَربِ أَو فِي المُتَقَادِمِ مِن الزَّمَانِ أَو كَانَت لَهُ شُبهَةٌ لَا يَعرِفُهَا هُوَ وَلَا الشُّهُودُ كَوَطءِ جَارِيَةِ الِابنِ فَيَستَقصِي فِي ذَلِكَ احتِيَاطا لِلدَّرءِ (فَإِذَا بَيَّنُوا ذَلِكَ وَقَالُوا: رَأَينَاهُ وَطِئَهَا فِي فَرجِهَا ....

مندوبًا فالإشاعة مذموما، وكيف فإن الله تعالى قال ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يُحِبُّونَ أَن تَشِيعَ ٱلْفَـٰحِشَةُ﴾ [النور: ١٩] الآية، ذمَّ المُشيعين.

ولهذا لو اختل شيء من شرائط الشهادة، بأن يشهد الأقل من الأربعة، أو شهدوا بالزنا متفرقين في مجالس مختلفة واحدًا بعد واحد فإنهم يُحدُّون حد القذف عندنا، خلافًا للشافعي، أو امتنع البعض من أدائها حُدَّ الشاهد حَدَّ القذف عندنا، خلافًا له. ذكره في الذخيرة[1].

[٥٦٨/ب] وفي المبسوط[2]: أشار عمر إلى أن اشتراط الأربع لأجل الستر حين شهد عنده أبو بكرة وشبل بن معبد ونافع بن الأزرق على المغيرة بن شعبة بالزنا، فقال لزياد، وهو الرابع: بم تشهد؟ قال: رأيت أقدامًا بادية، وأنفاسًا عالية وأمرًا منكرًا.

وفي رواية قال: رأيتهما تحت لحاف واحد ينخفضان ويرتفعان، ويضطربان اضطراب الخيزران.

وفي رواية: رأيت رجلًا أقعى وامرأة صرعى، ورِجْلَين مخضوبتين، وإنسانًا يجيء ويذهب، ولم أر ما سوى ذلك، فقال عمر رضي الله عنه: الله أكبر، الحمد لله الذي لم يفضح واحدًا من أصحاب رسول الله ﷺ. ففي هذا بيان أن اشتراط الأربع؛ لإبقاء ستر العفة.

قوله: (يسألهم عن الزنا: ما هو؟...) إلى آخره، وإنما سألهم عن ماهية

(١) انظر: البناية شرح الهداية للعيني (٦/ ٢٥٨).
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٩/ ٣٧).

كَالمِيلِ فِي المُكحُلَةِ، وَسَأَلَ القَاضِي عَنهُم فَعُدِّلُوا فِي السِّرِّ وَالعَلَانِيَةِ، حَكَمَ بِشَهَادَتِهِم) وَلَم يَكتَفِ بِظَاهِرِ العَدَالَةِ فِي الحُدُودِ احتِيَالًا لِلدَّرءِ، قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «ادرَؤُوا الحُدُودَ مَا استَطَعتُم» بِخِلَافِ سَائِرِ الحُقُوقِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَتَعدِيلُ السِّرِّ وَالعَلَانِيَةِ نُبَيِّنُهُ فِي الشَّهَادَاتِ إن شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى ....

الزنا؛ لأن من الناس من يعتقد كل وطء حرام أنه زنا، ولأن الشرع سمى فعل الحرام فيما دون الفرج زنا بقوله عليه السلام: «**الْعَيْنَانِ تَزْنِيَانِ وَزِنَاهُمَا النَّظَرُ، وَالْيَدَانِ تَزْنِيَانِ وَزِنَاهُمَا الْبَطْشُ، والرِّجْلانِ تَزْنِيَانِ وزِناهُمَا المَشْيُ، والفَرْجُ يُصَدِّقُ ذلِكَ أو يُكَذِّبُه**»[١].

والحدّ لا يجب إلا بالجماع في الفرج، ألا ترى أنه عليه السلام استفسر ماعزًا إلى أن ذكر الكاف والنون، أراد به قوله: «**نكت**»[٢]؛ لأن ذلك صريح في الوطء، وباقيه كناية عنه.

وأما السؤال عن الكيفية؛ فللاحتراز عن تماسِّ الفرجين من غير إيلاج، ألا ترى أنه عليه السلام استفسر ماعزًا، وفسر: «**كالميلِ في المُكحُلَةِ، والرَّشَاءِ في البئرِ**»[٣].

وقيل: للاحتراز عن صورة الإكراه، والأول أصح؛ لأنه مختار المبسوط.

وأما السؤال عن المزنية؛ فللاحتراز عن أن يكون له نكاح أو شبهة نكاح مع المفعول بها، وذلك غير معلوم للشهود.

قوله: (**فيستقصَى**) على بناء المجهول؛ لشدة رعاية هذه الشروط.

(**ولم يكتفِ**) على بناء الفاعل؛ لسبق فعل القاضي.

(**أبو حنيفة**): لسوق الكلام إليه.

و(**المُكْحُلة**) بضمتين: وعاء الكحل، والجمع مكاحل، كذا في المغرب[٤].

(**بظاهر العدالة**) وهو الإسلام.

---

(١) أخرجه البخاري (٨/ ١٢٥ رقم ٦٦١٢)، ومسلم (٤/ ٢٠٤٦ رقم ٢٦٥٧) من حديث ابن عباس ﵄.

(٢) أخرجه البخاري (٨/ ١٦٧ رقم ٦٨٢٤) من حديث ابن عباس ﵄.

(٣) أخرجه أبو داود (٤/ ١٤٨ رقم ٤٤٢٨)، والنسائي في الكبرى (٦/ ٤١٥ رقم ٧١٢٦)، وابن حبان (١٠/ ٢٤٤ رقم ٤٣٩٩) من حديث أبي هريرة ﵁.

(٤) المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي (ص: ٤٠٢).

قَالَ فِي الأَصلِ: يَحبِسُهُ حَتَّى يَسأَلَ عَنِ الشُّهُودِ لِلِاتِّهَامِ بِالجِنَايَةِ، وَقَد حَبَسَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ رَجُلًا بِالتُّهمَةِ، بِخِلَافِ الدُّيُونِ حَيثُ لَا يُحبَسُ فِيهَا قَبلَ ظُهُورِ العَدَالَةِ، وَسَيَأْتِيك الفَرْقُ إن شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

قَالَ: (وَالإِقرَارُ أَن يُقِرَّ البَالِغُ العَاقِلُ عَلَى نَفسِهِ بِالزِّنَا أَربَعَ مَرَّات فِي أَربَعَةِ مَجَالِسَ مِن مَجَالِسِ المُقِرِّ، كَلمَا أَقَرَّ رَدَّهُ القَاضِي) فَاشتِرَاطُ البُلُوغِ وَالعَقلِ، لِأَنَّ قَولَ الصَّبِيِّ وَالمَجنُونِ غَيرُ مُعتَبَر، أَو غَيرُ مُوجِب لِلحَدِّ. وَاشتِرَاطُ الأَربَعِ مَذهَبُنَا، وَعِندَ الشَّافِعِيِّ: يَكتَفِي بِالإِقرَارِ مَرَّة وَاحِدَة اعتِبَارًا بِسَائِرِ الحُقُوقِ، وَهَذَا لِأَنَّهُ مُظهِرٌ، وَتَكرَارُ الإِقرَارِ لَا يُفِيدُ زِيَادَةَ الظُّهُورِ، بِخِلَافِ زِيَادَةِ العَدَدِ فِي الشَّهَادَةِ. ....

(قال في الأصل: يحبسه) وهذا لأنه لو خلَّى سبيله ربما يهرب، فلا يظفر به بعد ذلك، ولا يأخذ الكفيل منه؛ لأن في أخذ الكفيل نوع احتياط، فلا يكون مشروعًا فيما يدرأ بالشبهات.

فإن قيل: الاحتياط في الحبس أظهر.

قلنا: حبسه للتعزير؛ لأنه صار متهمًا بارتكاب الفاحشة، وإليه أشار المصنِّف بقوله: **(للاتهام بالجناية)**.

قوله: (وعند الشافعي[١] **يكتفي بالإقرار مرة)** وبه قال مالك[٢]؛ لما رُوي أنه عليه السلام قال لأنيس: «**اغْدُ إِلَى امْرأةِ هَذا؛ فَإِنِ اعْتَرَفَتْ فَارْجُمْهَا**»[٣]، علَّق الرجم بمطلق الاعتراف، ورجم الغامدية بإقرارها مرة.

وقال أصحاب الشافعي: إنه عليه السلام ارتاب في أمر ماعز فاستثبته ليعرف أن به جنونًا أو شرب خمرًا أم لا؟ وإلا فيكفي الإقرار مرة؛ لما ذكرنا من الحديث، ولأن الإقرار حجة بنفسه، فلا يشترط التكرار كما في سائر الحقوق.

والاعتبار بالشهادة باطل؛ لأن شهادة الشاهد الثاني تفيد طمأنينة القلب زيادة على ما أفاده الأول، وبتكرار الإقرار لا يثبت شيء زائد فلا يعتبر، وهذا

---

(١) الأم للشافعي (٧/ ١٣٢).
(٢) الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر (٢/ ١٧٠).
(٣) أخرجه البخاري (٣/ ١٠٢ رقم ٢٣١٤)، ومسلم (٣/ ١٣٢٤ رقم ١٦٩٧) من حديث زيد بن خالد وأبي هريرة رضي الله عنهما.

وَلَنَا: حَدِيثُ مَاعِزٍ «فَإِنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَخَّرَ الإِقَامَةَ ....

لأنه إن وقع كذبًا فلا ينقلب صدقًا بحال، وإن وقع صدقًا فلا يزداد الصدق في نفسه.

(ولنا: حديث ماعز) وهو مشهور، فلما أقر أربعًا قال عليه السلام: «**الآنَ أقَرَرْتَ أربَعًا**»[1]، وجه الاستدلال به أنه عليه السلام أعرض عنه في المرة الأولى، ولو ثبت الحد بالإقرار مرة لما حلَّ له الإعراض عنه، ولم يؤخره إلى الرابعة؛ لأن الحُجَّة إذا قامت لا يحل للإمام التأخير؛ لقوله عليه السلام: «**لَا يَنبَغِي لوالٍ يثبتُ عندَه حدٌّ مِنْ حُدودِ اللهِ تَعالَى إلّا أن يُقيمَه**»[2]، ولأنه قال في بعض الروايات: «**اِتّقِ الرّابِعةَ، إنها مُوجِبَةٌ**» فدل أنه لا وجوب قبلها.

وعن أبي يزيد: كنا نتحدث في أصحاب رسول الله أن ماعزًا لو قعد في بيته بعد المرة الثالثة ولم يُقِرَّ لم يرجمه رسول الله، فدل أن الحكم كان معروفًا عندهم.

فإن قيل: لو لم يجب الحد بالإقرار مرة ينبغي أن يجب العقر؛ لاعترافه بوطء حرام لا يوجب الحد، وإذا وجب العقر لا يجب الحد بعد ذلك؛ لما أنهما لا يجتمعان في وطء واحد.

قلنا: إن الإقرار أربعًا لما اعتبر أربعًا لإثبات الزنا لم يتعلق وجوب المهر بالإقرار مرة، بل يتوقف الحكم، فإن تمَّت الحجة وجب الحد. ذكره في الإيضاح.

ولهذا لم يوجب النبي عليه السلام العقر على ماعز بإقراره مرة أو مرتين مع أنه عليه السلام تكلّف في درء الحد عنه.

والمراد بقوله عليه السلام في حديث [٥٦٩/أ] أنيس: «**فإنِ اعْترَفَتْ فَارجُمْها**» الاعتراف المعروف، وهو أربع مرات.

---

(١) أخرجه أبو داود (٤/ ١٤٥ رقم ٤٤١٩) من حديث نعيم بن هزال ﷺ، وفيه: فقال: يا رسول الله، إني زنيت، فأقم عليّ كتاب الله، حتى قالها أربع مرار، قال ﷺ: «إنك قد قلتها أربع مرات، فبمن؟».

(٢) جزء من حديث أخرجه عبد الرزاق (٧/ ٣٧٠ رقم ١٣١٥٩)، وأحمد (١/ ٤٣٨ رقم ٤١٦٨) من حديث ابن مسعود ﷺ.
قال الهيثمي: رواه أحمد، وأبو يعلى، وأبو ماجد الحنفي ضعيف. مجمع الزوائد (٦/ ٢٧٥).

إِلَى أَن تَمَّ الإِقرَارُ مِنهُ أَربَعَ مَرَّات فِي أَربَعَةِ مَجَالِسَ» فَلَو ظَهَرَ بِمَا دُونَهَا لَمَا أَخَّرَهَا لِثُبُوتِ الوُجُوبِ، وَلِأَنَّ الشَّهَادَةَ اختَصَّت فِيهِ بِزِيَادَةِ العَدَدِ، فَكَذَا الإِقرَارُ إعظَاما لِأَمرِ الزِّنَا وَتَحقِيقا لِمَعنَى السَّترِ، وَلَا بُدَّ مِن اختِلَافِ المَجَالِسِ لِمَا رَوَينَا، وَلِأَنَّ لِاتِّحَادِ المَجلِسِ أَثَرًا فِي جَمعِ المُتَفَرِّقَاتِ؛ ....

وأما الغامدية اعترفت وحلفت أنها حبلى من الزنا، ثم أخّرها عليه السلام إلى أن تلد، فلما ولدت حلفت قالت: هذا قد ولدت، ثم أخّرها حتى يستغني، ثم جاءت به فرجمت، فهذا بمنزلة الإقرار أربع مرات، أو لا يحتاج إلى الأربع مع وجود الحبل، فقد رُوي عن عمر أنه قال: الرجم في كتاب الله إذا قامت البينة أو الحبل أو الاعتراف[(١)]، كذا قيل.

وأما قولهم: إنه عليه السلام ارتاب في أمر ماعز، إلى آخره، فليس كذلك؛ لأنه لو كان لإيلاء العذر تعلق الأمر بثلاث لا بأربع، ذكره في الأسرار.

والدليل عليه ما رُوي أن أبا بكر رضي الله عنه قال لماعز لما أقر ثلاثًا: «**إن أقرَرْتَ الرابعةَ رُجِمْتَ**»، فثبت أن هذا العدد كان ثابتًا عندهم.

وأما اعتبار هذا الحق بسائر الحقوق باطل، فقد ظهر فيه من التغليظ ما لم يظهر في غيره، وشرط إحدى الحجتين ما لم يشترط في غيره؛ تعظيمًا لأمر الزنا وتحقيقًا لمعنى الستر، واحتيالًا للدرء. ذكره في المبسوط[(٢)].

قوله: (ولا بد من اختلاف المجالس) أي: في الإقرار لا بد من اختلاف المجالس لِلمقر، خلافًا لأحمد وابن أبي ليلى، فهما يعتبران الإقرار بالشهادة، وعدد الأربع شرط في الشهادة دون اختلاف المجالس، فكذا في الإقرار، ولنا ما روي أنه عليه السلام طرد ماعزًا في كل مرة حتى توارى بحيطان المدينة ثم رجع.

قوله: (لما روينا) إليه إشارة إلى **قوله: (إلى أن تم الإقرار منه أربع مرات في أربعة مجالس)**.

---

(١) أخرجه البخاري (٨/ ١٦٨ رقم ٦٨٢٩)، ومسلم (٣/ ١٣١٧ رقم ١٦٩١) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٩/ ٩٣).

فَعِندَهُ: يَتَحَقَّقُ شُبهَةُ الاتِّحَادِ فِي الإِقرَارِ، وَالإِقرَارُ قَائِمٌ بِالمُقِرِّ فَيُعتَبَرُ اختِلَافُ مَجلِسِهِ دُونَ مَجلِسِ القَاضِي. وَالِاختِلَافُ بِأَن يَرُدَّهُ القَاضِي كُلَّمَا أَقَرَّ فَيَذهَبَ حَيثُ لَا يَرَاهُ ثُمَّ يَجِيءَ فَيُقِرَّ، هُوَ المَروِيُّ عَن أَبِي حَنِيفَةَ؛ لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ طَرَدَ مَاعِزًا فِي كُلِّ مَرَّة حَتَّى تَوَارَى بِحِيطَانِ المَدِينَةِ.

قَالَ: (فَإِذَا تَمَّ إِقرَارُهُ أَربَعَ مَرَّات سَأَلَهُ عَن الزِّنَا مَا هُوَ وَكَيفَ هُوَ وَأَينَ زَنَى وَبِمَن زَنَى؟ فَإِذَا بَيَّنَ ذَلِكَ لَزِمَهُ الحَدُّ) لِتَمَامِ الحُجَّةِ، وَمَعنَى السُّؤَالِ عَن هَذِهِ الأَشيَاءِ بَيَّنَّاهُ فِي الشَّهَادَةِ، وَلَم يَذكُر السُّؤَالَ فِيهِ عَن الزَّمَانِ، وَذَكَرَهُ فِي الشَّهَادَةِ، لِأَنَّ تَقَادُمَ العَهدِ يَمنَعُ الشَّهَادَةَ دُونَ الإِقرَارِ. وَقِيلَ: لَو سَأَلَهُ جَازَ لِجَوَازِ أَنَّهُ زَنَى فِي صِبَاهُ (فَإِن رَجَعَ المُقِرُّ عَن إِقرَارِهِ قَبلَ إِقَامَةِ الحَدِّ أَو فِي وَسَطِهِ، قُبِلَ رُجُوعُهُ وَخُلِّيَ سَبِيلُهُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ـ وَهُوَ قَولُ ابنِ أَبِي لَيلَى ـ: يُقِيمُ عَلَيهِ الحَدَّ لِأَنَّهُ وَجَبَ الحَدُّ بِإِقرَارِهِ، فَلَا

(فعنده) أي: فعند اتحاد المجلس **(تتحقق شبهة اتحاد الإقرار)**.

قوله: (فيعتبر اتحاد مجلسه) أي: مجلس المقر، وفي بعض النسخ: **(اختلاف مجلسه)** أن يعتبر اختلاف مجلسه في الاتحاد والاختلاف.

قوله: (والاختلاف أن يرده القاضي).

وفي الإيضاح: وينبغي للإمام أن يزجره عن الإقرار، ويظهر الكراهية له، ويأمر بتنحيته؛ لما روي أنه عليه السلام طرد ماعزًا كما ذكرنا، وعن عمر أنه قال: اطردوا المعترفين، يعني في الزنا.

قوله: (وقال الشافعي...) إلى آخره، كذا وقع في نسخ أصحابنا، ولكن صرح في كتب أصحاب الشافعي أنه لو أقر على نفسه بالزنا ثم رجع يسقط عنه الحد، وكذا لو رجع عن إقراره بعدما أقيم بعض الحد يترك الباقي مثل قولنا، وعن أحمد مثل قولنا.

وعن مالك في قبول الرجوع روايتان، وعن مالك أنه قال: إن ذكر لإقراره تأويلًا بأن قال: حسبت المفاخذة زنا، ولا يقبل الرجوع مطلقًا.

ثم اختلاف المجلس في الشهادة يمنع قبول الشهادة في الزنا، وبه قال مالك وأحمد والأوزاعي والحسن بن صالح، حتى إذا شهدوا بالزنا متفرقين يُحدّون حد القذف إذا كان.

يَبطُلُ بِرُجُوعِهِ وَإِنكَارِهِ كَمَا إِذَا وَجَبَ بِالشَّهَادَةِ وَصَارَ كَالقِصَاصِ وَحَدِّ القَذفِ. وَلَنَا: أَنَّ الرُّجُوعَ خَبَرٌ مُحتَمِلٌ لِلصِّدقِ كَالإِقرَارِ، وَلَيسَ أَحَدٌ يُكَذِّبُهُ فِيهِ فَتَتَحقَّقُ الشُّبهَةُ فِي الإِقرَارِ. بِخِلَافِ مَا فِيهِ حَقُّ العَبدِ، وَهُوَ القِصَاصُ وَحَدُّ القَذفِ لِوُجُودِ مَن يُكَذِّبُهُ، وَلَا كَذَلِكَ مَا هُوَ خَالِصُ حَقِّ الشَّرعِ (وَيُستَحَبُّ لِلإِمَامِ أَن يُلَقِّنَ المُقِرَّ الرُّجُوعَ فَيَقُولَ لَهُ: لَعَلَّك لَمَست، أَو قَبَّلت) لِقَولِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِمَاعِزٍ: «لَعَلَّك لَمَستهَا أَو قَبَّلتهَا» قَالَ فِي الأَصلِ: وَيَنبَغِي أَن يَقُولَ لَهُ الإِمَامُ: لَعَلَّك تَزَوَّجتهَا أَو وَطِئتهَا بِشُبهَة، وَهَذَا قَرِيبٌ مِن الأَوَّلِ فِي المَعنَى.

فَصْلٌ في كَيْفِيَّةِ الحَدِّ وَإِقَامَتِهِ

وقال الشافعي، وعثمان البتِّي: لا يحدون حد القذف إذا كان الزنا واحدًا، فلا يشترط اتحاد المجلس، وحد اتحاده ما دام الحاكم جالسًا، للشافعي أن النص شرط الأربع مطلقًا فلا يقيد باتحاد المجلس كسائر الشهادات.

ولنا قول عمر رضي الله عنه: لو جاؤوا مثل ربيعة ومضر فرادى لجلدتهم، ولأن قول الواحد لما لم يصر حجة قبل قول غيره، وقع قذفًا وكذا الثاني والثالث فلا تنقلب شهادة.

أما لو جاؤوا جملة وشهدوا واحدًا بعد واحد متفرقين تقبل؛ لأنه لا يمكن أداء الشهادة جملة واحدة، ولو الزوج معهم وهو أحدهم يقبل عندنا، خلافًا للشافعي، له أن فيه تهمة.

ولنا: أن له ضررًا في هذه الشهادة؛ لأنه يُعَيَّر بزنا امرأته، فكان أبعد عن التهمة، كشهادة الوالد على ولده.

قوله: (قريب من الأول في المعنى) أي: **قوله**: (لعلك تزوجتها) قريب إلى قوله: «**لعلَّكَ مَسَسْتَها أوْ قَبَّلْتَها**» في المعنى من حيث إن كل واحد منهما تلقين للرجوع.

فصل في كيفية الحد وإقامته

ذكر هذا الفصل بعد وجوب الحد؛ لما أن إقامته وكيفيته مرتب على نفس الحد في الوجوب.

(وَإِذَا وَجَبَ الحَدُّ وَكَانَ الزَّانِي مُحصَنًا رَجَمَهُ بِالحِجَارَةِ حَتَّى يَمُوتَ) لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ رَجَمَ مَاعِزًا وَقَد أُحصِنَ. وَقَالَ فِي الحَدِيثِ المَعرُوفِ: «وَزَنَى بَعدَ إحصَان» وَعَلَى هَذَا إجمَاعُ الصَّحَابَةِ ﷺ. قَالَ: (وَيُخرِجُهُ إِلَى أَرضٍ فَضَاءٍ، وَيَبتَدِئُ الشُّهُودُ بِرَجمِهِ، ثُمَّ الإِمَامُ، ثُمَّ النَّاسُ) كَذَا رُوِيَ عَن عَلِيٍّ رضي الله عنه، وَلِأَنَّ الشَّاهِدَ قَد يَتَجَاسَرُ عَلَى الأَدَاءِ ثُمَّ يَستَعظِمُ المُبَاشَرَةَ فَيَرجِعُ فَكَانَ فِي بُدَاءَتِهِ احتِيَالٌ لِلدَّرءِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رحمه الله: لَا تُشتَرَطُ بُدَاءَتُهُ اعتِبَارًا بِالجَلدِ. قُلنَا: كُلُّ أَحد لَا يُحسِنُ الجَلدَ فَرُبَّمَا يَقَعُ مُهلِكًا وَالإِهلَاكُ غَيرُ مُستَحَقٍّ، وَلَا كَذَلِكَ الرَّجمُ لِأَنَّهُ إتلَافٌ.

قوله: (في الحديث المعروف)، وهو قوله عليه السلام: «**لَا يَحِلُّ دمُ امرئٍ مسلمٍ إلّا بإحْدَى مَعانٍ ثلاثٍ: كفرٌ بعدَ إيمانٍ، أو زناً بعدَ إحصانٍ، أو قتلُ نفسٍ بغَيرِ حقٍّ**»[1] وهو حديث مشهور، ورجم الغامدية أيضًا متفق عليه، وعلى هذا إجماع الصحابة.

والخوارج ينكرون الرجم فإنهم ينكرون الأخبار إذا لم تكن في حيز التواتر.

وقلنا: الأحاديث فيه مشهورة ومتفق على صحتها، [٥٦٩/ب] فصار شبيه التواتر، خصوصًا إذا تأيدت بإجماع الصحابة.

قوله: (قَدْ يَتَجَاسَرُ)؛ أي يجترئ على أداء الشهادة كاذبًا، ثم إذا آل الأمر إلى القتل يمتنع منه.

(فكان في بُداءته احتيال للدرء)، وقد أمرنا به، وقال الشافعي ومالك وأحمد وأبو يوسف في رواية: لا يشترط بداية الشهود، ولكن يستحب حضورهم وبدايتهم في الرمي، وكذا لو ثبت الزنا بالإقرار.

ولا يشترط حضور الإمام ولا نائبه عندهم، ولكن يستحب؛ لما روى أنه عليه السلام أمر برجم ماعز والغامدية ولم يحضر، وقياسًا على الجلد.

وقلنا: الشاهد ربما لا يحسن الجلد فيقع مهلكًا، والحد للتأديب لا للإهلاك، وفي الرجم الإهلاك مستحق.

---

(١) أخرجه البخاري (٩/ ٥ رقم ٦٨٧٨) ومسلم (٣/ ١٣٠٢رقم ١٦٧٦) من حديث ابن مسعود رضي الله عنه.

(فَإِن امتَنَعَ الشُّهُودُ مِن الِابتِدَاءِ سَقَطَ الحَدُّ) لِأَنَّهُ دَلَالَةُ الرُّجُوعِ، وَكَذَا إِذَا مَاتُوا أَو غَابُوا فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لِفَوَاتِ الشَّرطِ (وَإِن كَانَ مُقِرًّا ابتَدَأَ الإِمَامُ ثُمَّ النَّاسُ) كَذَا

قوله: (فإن امتنع الشهود من الابتداء) أو بعضهم أو غابوا أو ماتوا، أو صار فيهم أعمى أو أخرس، أو ارتدوا، أو قذف بحد **(سقط الحد)** أي: الرجم عند أبي حنيفة ومحمد وأبي يوسف في رواية؛ لأن البداية شرط بالأثر، فإذا فاتت البداية تعذر البناء.

وقوله: (في ظاهر الرواية)؛ احتراز عما روي عن أبي يوسف أنه لا يسقط كما ذكرنا، أما لو كان الشهود أو بعضهم مقطوع اليدين أو مرضى لا يستطيعون الرمي وحضروا وَفَّى القاضي، ولو قطعت بعد الشهادة امتنعت الإقامة. ذكره في الذخيرة.

ولو غاب واحد منهم لم يرجم حتى يحضروا كلهم. ذكره في الذخيرة.

وفي المبسوط[١]: إذا امتنع الشهود يسقط الرجم، ولكن لا يقام الحد على الشهود؛ لأنهم ثابتون على الشهادة، وإنما امتنع بعضهم عن مباشرة القتل، وذلك لا يكون رجوعًا عن الشهادة، فإن الإنسان قد يمتنع عن القتل بحق.

ويستحب للإمام أن يأمر طائفة، أي: جماعة من المسلمين أن يحضروا لإقامة الحد، واختُلِفَ في عدد الطائفة؛ عن ابن عباس: واحد، وبه قال أحمد.

قال عطاء وإسحاق: اثنان، وقال الزهري: ثلاثة.

وقال الحسن البصري: عشرة، وعن الشافعي ومالك: أربعة[٢].

وفي الإيضاح[٣]: لا بأس لكل من رمى أن يتعمد قتله؛ لأنه المقصود من الرجم إلا إذا كان ذا رحم محرم من المرجوم فإنه لا يستحب أن يتعمد قتله، وقد روي عن حنظلة بن عامر أنه استأذن رسول الله ﷺ في قتل أبيه، وكان كافرًا، فمنعه من ذلك، وقال: «**دَعْهُ يَكفِيكَ غيرُكَ**»[٤]، ولأنه مأمور بصلة الرحم، فلا يجوز القطع من غير حاجة.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٩/ ٦٢). (٢) ينظر: الأوسط لابن المنذر (١٣/ ٤٤٢- ٤٤٣).

(٣) ينظر: البناية شرح الهداية للعيني (٦/ ٢٧٠).

(٤) قال ابن حجر: وروى ابن شاهين بإسناد حسن إلى هشام بن عروة عن أبيه قال: استأذن حنظلة بن أبي عامر وعبد الله بن أبي بن سلول رسول الله ﷺ في قتل أبويهما فنهاهما. الإصابة (٢/ ١٣٧).

رُوِيَ عَن عَلِيٍّ ﷺ. «وَرَمَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الغَامِدِيَّةَ بِحَصَاة مِثْلِ الحِمَّصَةِ وَكَانَت قَد اعتَرَفَت بِالزِّنَا» (وَيُغَسَّلُ وَيُكَفَّنُ وَيُصَلَّى عَلَيهِ) لِقَولِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي مَاعِز: «اصنَعُوا بِهِ كَمَا تَصنَعُونَ بِمَوتَاكُم» وَلِأَنَّهُ قُتِلَ بِحَقٍّ فَلَا يَسقُطُ الغُسلُ كَالمَقتُولِ قِصَاصًا «وَصَلَّى النَّبِيُّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَلَى الغَامِدِيَّةِ بَعدَمَا رُجِمَت» (وَإِن لَم يَكُن مُحصَنًا وَكَانَ حُرًّا، فَحَدُّهُ مِائَةُ جَلدَة) لِقَولِهِ تَعَالَى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِى فَٱجْلِدُوا۟ كُلَّ وَٰحِدٍ

والغامدية: امرأة من غامد، حيٌّ من الأزد، وفي حديثها: «**لَقدْ تابَتْ توبةً لَوْ تابَها صاحبُ مُكْسٍ لغُفِرَ له**»[1] يعني المكّاس، وهو العشّار، والمكس ما أخذه.

قوله عليه السلام لماعز: «اصْنَعوا...»، يعني حين سئل عن غسل ماعز وكفنه والصلاة عليه، قال عليه السلام: «**اصْنَعوا بهِ ما تَصنَعونَ بمَوْتاكُم، فلقدْ تابَ توبةً لو قُسِّمَتْ علَى أهلِ الحِجازِ لوَسِعَتْهم، ولقدْ رأيتُهُ يَنغمِسُ في أنهارِ الجَنةِ**»[2].

وعن مالك: لا يصلّى على المرجوم، ولكن ذكر في الجواهر: غُسِّلَ وصُلِّي عليه[3].

الجلد: ضرب الجلد. ثمرة السوط: عقد أطرافه. ذكره في الصحاح[4].

وقيل: مستعار من واحدة ثمر الشجر، وهي عزبَتُه وذَنَبُه وطَرَفُه، وهو الأصح؛ لما ذكر الطحاوي أن عليًّا جلد الوليد بسوط له طرفان، وفي رواية: له ذَنَبان أربعين جلدة، فكانت الضربة ضربتين. كذا في المغرب[5].

وفي الإيضاح[6] دليل عليه، قال: وينبغي ألا يضرب بسوط له ثمرة إذا

---

(١) أخرجه مسلم (٣/ ١٣٢٣ رقم ١٦٩٥) من حديث بريدة ﷺ.

(٢) هذا الحديث ملفق من حديثين، شطره الأول تقدم تخريجه قريبًا، وشطره الثاني أخرجه أبو داود (٤/ ١٤٨ رقم ٤٤٢٨)، والنسائي في الكبرى (٦/ ٤١٧ رقم ٧١٢٨)، وابن حبان (١٠/ ٢٤٦ رقم ٤٤٠٠) من حديث أبي هريرة ﷺ.

(٣) عقد الجواهر الثمينة (٣/ ٢٧٥)، وانظر: المدونة لابن القاسم (٤/ ٥٠٨).

(٤) ينظر: لسان العرب (١٠/ ٣٣١).

(٥) المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي (٦٩).

(٦) انظر: العناية شرح الهداية للبابرتي (٥/ ٢٣٠).

مِّنْهُمَا مِاْئَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور: ٢] إِلَّا أَنَّهُ انتَسَخَ فِي حَقِّ المُحصَنِ فَبَقِيَ فِي حَقِّ غَيرِهِ مَعمُولًا بِهِ.

قَالَ: (يَأمُرُ الإِمَامُ بِضَربِهِ بِسَوط لَا ثَمَرَةَ لَهُ ضَربًا مُتَوَسِّطًا) لِأَنَّ عَلِيًّا ﵁ لَمَّا أَرَادَ أَن يُقِيمَ الحَدَّ كَسَرَ ثَمَرَتَهُ.

وَالمُتَوَسِّطُ بَينَ المُبَرِّحِ وَغَيرِ المُؤلِمِ لِإِفضَاءِ الأَوَّلِ إِلَى الهَلَاكِ، وَخُلُوِّ الثَّانِي عَن المَقصُودِ وَهُوَ الِانزِجَارُ (وَتُنزَعُ عَنهُ ثِيَابُهُ) مَعنَاهُ دُونَ الإِزَارِ لِأَنَّ عَلِيًّا ﵁ كَانَ يَأمُرُ بِالتَّجرِيدِ فِي الحُدُودِ، وَلِأَنَّ التَّجرِيدَ أَبلَغُ فِي إِيصَالِ الأَلَمِ إِلَيهِ. وَهَذَا الحَدُّ مَبنَاهُ عَلَى الشِّدَّةِ فِي الضَّربِ، وَفِي نَزعِ الإِزَارِ كَشفُ العَورَةِ فَيَتَوَقَّاهُ (وَيُفَرَّقُ الضَّربُ عَلَى أَعضَائِهِ) لِأَنَّ الجَمعَ فِي عُضو وَاحِد قَد يُفضِي إِلَى التَّلَفِ، وَالحَدُّ زَاجِرٌ لَا مُتلِفٌ.

ضرب بها تصير كل ضربة ضربتين، ولكن المشهور في الكتب: لا ثمرة له: لا عقدة عليه.

وفي الصحاح[1]: برح الحمى وغيرها: شدة الأذى، يقال: برح به الأمر تبريحًا، وضربه ضربًا مبرحًا.

قوله: (وهذا الحد) أي: حد الزنا **(مبناه على الشدة)** وتحرز به عن حد القذف، فإن القاذف يضرب وعليه ثيابه، ولكن ينزع عنه الفرو والحشو لأن التجريد زيادة إيلام، ولا يبالغ في إيلام القاذف، على ما يجيء في فصل التعزير. كذا في جامع فخر الإسلام، وبه قال مالك، وقال الشافعي وأحمد: لا ينزع بل يترك عليه قميص أو قميصان؛ لأن الأمر بالجلد لا يقتضي التجريد.

قوله: (ويفرق الضرب على أعضائه).

وفي المبسوط[2]: نال اللذة كل عضو فيعطى لكل عضو حظ من الضرب، عن علي ﵁ أنه قال للجلاد: أعط كل عضو حقه.

وعن مالك[3]: يخص الضرب على الظهر وما يليه، وروى ابن سماعة عن محمد في التعزير أنه يضرب الظهر بغير خلاف، وفي [٥٧٠/أ] الحدود يضرب

---

(١) الصحاح تاج اللغة (١/ ٣٥٥).
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٩/ ٧٢).
(٣) المدونة لابن القاسم (٤/ ٥٠٩).

قَالَ: (إلَّا رَأْسَهُ وَوَجْهَهُ وَفرجَهُ) لِقَولِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِلَّذِي أَمَرَهُ بِضَربِ الحَدِّ: «اتَّقِ الوَجْهَ وَالمَذَاكِيرَ» وَلِأَنَّ الفَرجَ مَقتَلٌ وَالرَّأسَ مَجمَعُ الحَوَاسِّ، وَكَذَا الوَجهُ وَهُوَ مَجمَعُ المَحَاسِنِ أَيضًا، فَلَا يُؤمَنُ فَوَاتُ شَيءٍ مِنهَا بِالضَّربِ وَذَلِكَ إهلَاكٌ مَعنى فَلَا يُشرَعُ حَدًّا.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَضرِبُ الرَّأسَ أَيضا رَجَعَ[*] إِلَيهِ، وَإِنَّمَا يَضرِبُ سَوطًا لِقَولِ أَبِي بَكرٍ: اضرِبُوا الرَّأسَ فَإِنَّ فِيهِ شَيطَانًا. قُلنَا: تَأوِيلُهُ أَنَّهُ قَالَ ذَلِكَ فِيمَن أُبِيحَ قَتلُهُ. وَيُقَالُ: إِنَّهُ وَرَدَ فِي حَربِيٍّ كَانَ مِن دُعَاةِ الكَفَرَةِ، وَالإِهلَاكُ فِيهِ مُستَحَقٌّ (وَيُضرَبُ فِي الحُدُودِ كُلِّهَا قَائِما غَيرَ مَمدُودٍ) لِقَولِ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: يُضرَبُ الرِّجَالُ فِي الحُدُودِ قِيَامًا وَالنِّسَاءُ قُعُودا، وَلِأَنَّ مَبنَى إِقَامَةِ الحَدِّ عَلَى التَّشهِيرِ، وَالقِيَامُ أَبلَغُ فِيهِ.

الأعضاء، وقال الحسن بن صالح: يضرب في التعزير أيضًا الأعضاء كلها إلا الوجه والمذاكير، ولا خلاف في إبقاء الوجه والفرج.

والمذاكير: جمع الذَّكَر الذي هو العضو المعين وما حوله، كقولهم: شابت مفارق رأسه. كذا في الصحاح[(١)] والمغرب[(٢)].

وما ذكر في الكافي[(٣)] والمنظومة: والشافعي يخص الظهر، خلاف روايات كتبه المشهورة، ولهذا قال في شرح المجمع: تركت ذكر الخلاف.

قوله: (رجع إليه) أي: قال أبو يوسف أولًا: لا يضرب الرأس، ثم رجع وقال: يضرب الرأس، وبه قال الشافعي في أظهر الوجهين.

وفي الإيضاح[(٤)]: ويضرب الرأس عنده؛ لأن ضربه سوطًا أو سوطين لا يخشى منه الفساد، ولنا قول عمر للجلاد: إياك أن تضرب الرأس والفرج. وعن أبي يوسف: يتقي الوجه والبطن والصدر والفرج. ذكره في الذخيرة[(٥)].

قوله: (قيامًا) جمع قائم و(قعودًا) جمع قاعد.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة ومحمد.
(١) الصحاح للجوهري (٢/ ٦٦٤).
(٢) المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي (ص: ١٧٥).
(٣) ينظر: البناية شرح الهداية للعيني (٦/ ٢٧٤)، تبيين الحقائق شرح كنز الحقائق (٣/ ١٧١).
(٤) ينظر: بدائع الصنائع للكاساني (٧/ ٥٩).
(٥) البناية شرح الهداية للعيني (٦/ ٢٧٥).

ثُمَّ قَولُهُ: غَيرَ مَمدُود، فَقَد قِيلَ: المَدُّ أَن يُلقَى عَلَى الأَرضِ وَيُمَدَّ كَمَا يُفعَلُ فِي زَمَانِنَا، وَقِيلَ: أَن يَمُدَّ السَّوطَ فَيَرفَعَهُ الضَّارِبُ فَوقَ رَأسِهِ، وَقِيلَ: أَن يَمُدَّهُ بَعدَ الضَّربِ، وَذَلِكَ كُلُّهُ لَا يُفعَلُ، لِأَنَّهُ زِيَادَةٌ عَلَى المُستَحَقِّ (وَإِن كَانَ عَبدًا جَلَدَهُ خَمسِينَ جَلدَة) لِقَولِهِ تَعَالَى: ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ﴾ [النساء:٢٥] نَزَلَت فِي الإِمَاءِ، وَلِأَنَّ الرِّقَّ مُنقِصٌ لِلنِّعمَةِ فَيَكُونُ مُنقِصًا لِلعُقُوبَةِ؛ لِأَنَّ الجِنَايَةَ عِندَ تَوَافُرِ النِّعَمِ أَفحَشُ فَيَكُونُ أَدعَى إِلَى التَّغلِيظِ (وَالرَّجُلُ وَالمَرأَةُ فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ)، لِأَنَّ النُّصُوصَ تَشمَلُهُمَا (غَيرَ أَنَّ المَرأَةَ لَا يُنزَعُ مِن ثِيَابِهَا إِلَّا الفَروُ وَالحَشوُ) لِأَنَّ فِي تَجرِيدِهَا كَشفُ العَورَةِ وَالفَروُ وَالحَشوُ يَمنَعَانِ وُصُولَ الأَلَمِ إِلَى المَضرُوبِ،

(قوله: غير ممدود)، وفي جامع قاضي [خان][١] قال: بعضهم أراد به ألا يمد بين العقابين؛ لأنه بدعة، ولا يربط ولا يمسك، بل يترك قائمًا، إلا أن يعجزهم، فحينئذ يربط ويمسك.

وعند مالك يضرب جالسًا، كالمرأة، ولكن غير ممدود، ثم في قوله تعالى: ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ﴾ [النساء:٢٥] عرف حكم العبد من الأمة على خلاف عامة المواضع، فإن حكم النساء يعرف تبعًا للرجال، نحو قوله تعالى: ﴿إِذَا قُمْتُمْ إِلَى ٱلصَّلَوٰةِ﴾ [المائدة:٦] وغيره من قوله: ﴿وَأَقِيمُوا۟ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتُوا۟ ٱلزَّكَوٰةَ﴾ [المزمل:٢٠] لما أن غلبة السفاح فيهن دون العبيد، وإليه الإشارة في تقديم الزانية على الزاني، بخلاف تقديم السارق على السارقة في الآيتين، أو نقول: يثبت الحكم في حق العبيد بالدلالة.

ثم المراد من العذاب الجلد؛ لأن الرجم لا ينتصف؛ لأن الجناية عند توفير النعمة أفحش، ألا ترى إلى قوله تعالى: ﴿يَٰنِسَآءَ ٱلنَّبِىِّ مَن يَأْتِ مِنكُنَّ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ يُضَٰعَفْ لَهَا ٱلْعَذَابُ ضِعْفَيْنِ﴾ [الأحزاب:٣٠]، وقال عليه السلام: «وَيلٌ للجاهِلِ مرَّةً، ولِلعالِمِ سَبْعينَ»[٢] وقيل: حسنات الأبرار سيئات المقربين.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٢) أخرج الخطيب في اقتضاء العلم العمل (ص ٤٧، رقم ٦٨) معناه من قول أبي الدرداء رضي الله عنه.

وَالسَّترُ حَاصِلٌ بِدُونِهِمَا فَيُنْزَعَانِ (وَتُضرَبُ جَالِسَة) لِمَا رَوينَا، وَلِأَنَّهُ أَستَرُ لَهَا (وَإِن حُفِرَ لَهَا فِي الرَّجمِ جَازَ)؛ لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ حَفَرَ لِلغَامِدِيَّةِ إِلَى ثُندُوَتِهَا، وَحَفَرَ عَلِيٌّ ﷺ لِشُرَاحَةَ الهَمدَانِيَّةِ وَإِن تَرَكَ لَا يَضُرُّهُ لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَم يَأمُر بِذَلِكَ وَهِيَ مَستُورَةٌ بِثِيَابِهَا، وَالحَفرُ أَحسَنُ؛ لِأَنَّهُ أَستَرُ وَيُحفَرُ إِلَى الصَّدرِ لِمَا رَوينَا (وَلَا يُحفَرُ لِلرَّجُلِ)؛ لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ مَا حَفَرَهُ لِمَاعِز، وَلِأَنَّ مَبنَى الإِقَامَةِ عَلَى التَّشهِيرِ فِي الرِّجَالِ، وَالرَّبطُ وَالإِمسَاكُ غَيرُ مَشرُوع (وَلَا يُقِيمُ المَولَى الحَدَّ عَلَى عَبدِهِ إِلَّا بِإِذنِ الإِمَامِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَهُ أَن يُقِيمَهُ، لِأَنَّ لَهُ وِلَايَة مُطلَقَة

قوله: (لما روينا) إشارة إلى حديث علي: والنساءُ قعودًا.

الثَّنْدُوَة -بفتح الأول والواو، وبالضم والهمز مكان الواو، والدال في الحالتين مضمومة-: ثدي الرجل، أو لحم الثديين. كذا في المغرب[(١)].

والهَمْدَانِيَّة: بسكون الميم، هكذا نُقِل.

(لما روينا) أي: من حديث الثَّنْدُوَة. رواه أبو داود[(٢)].

ولا يقام الحد في المسجد، وفيه إجماع الفقهاء، إلا ما روي عن مالك أنه قال: لا بأس بالتأديب في المسجد خمس أشواط.

قال أبو يوسف: أقام ابن أبي ليلى الحد في المسجد، فخطأه أبو حنيفة؛ لما روي أنه عليه السلام قال: «**جَنِّبوا صِبيانَكُم مَساجِدَكُم ومَجانينَكم، ورفعَ أصْواتِكُم، وشِراءَكم وبَيْعَكم، وإقامَةَ حدودِكُم، وجَمِّروها في جُمَعِكُمْ، وَضَعوا علَى أبوابِها المَطاهِر**»[(٣)]، ولأنه لا يؤمن من خروج النجاسة من المحدود، فنُزِّهَ عنه.

قوله: (وقال الشافعي: له أن يقيمه) أي: للمولى أن يقيم الحد على مملوكه، وبه قال أحمد ومالك، وعن مالك: لا يجوز أن يتولى المولى إقامة

---

(١) المغرب للمطرزي (٧٠).

(٢) أخرجه أبو داود (٤/ ١٥٢رقم ٤٤٤٣) من حديث أبي بكرة ﷺ.

قال الزيلعي: فيه مجهول. نصب الراية (٣/ ٣٢٥).

(٣) أخرجه ابن ماجه (١/ ٢٤٧ رقم ٧٥٠) من حديث واثلة بن الأسقع ﷺ.

وضعفه البوصيري في مصباح الزجاجة (١/ ٩٥ رقم ٢٨٤) بالحارث بن نبهان متفق على ضعفه.

عَلَيهِ كَالإِمَامِ، بَل أَولَى لِأَنَّهُ يَملِكُ مِن التَّصَرُّفِ فِيهِ مَا لَا يَملِكُهُ الإِمَامُ فَصَارَ كَالتَّعزِيرِ. وَلَنَا: قَولُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «أَربَعٌ إِلَى الوُلَاةِ وَذَكَرَ مِنهَا الحُدُودَ»

الحد في الأَمَة المزوجة، وفي العبد يتولى بكل حال، وعندهم يجوز للإمام أيضًا.

ولأصحاب الشافعي في الأولى وجهان: أحدهما: السيد أولى؛ لغرض استصلاح ملكه، وأظهرهما أن الإمام أولى؛ لولايته العامة، وليخرج عن الخلاف، وهذا فيما إذا عاين سببه من العبد أو أقر به عنده، أما لو ثبت بالبينة فله فيه قولان، وفي حديث القذف والقصاص له وجهان، ولو كان المولى ذميًّا أو مكاتباً أو امرأة فليس له ولاية إقامة الحد عليه عنده؛ لعدم صلاحيتهم الإقامة؛ لعدم جواز تقلد القضاء والإمامة.

احتجَّ الشافعي بما روي أنه عليه السلام قال: «**إذا زنَتْ أمةُ أحدِكُم فتبيّنَ زِناها فَلْيجلِدْها ولَا يُثرِّبْ عليَها، ثمّ إذا زَنَتْ فتبيّنَ زِناها فَلْيَبِعْها**»(١) وبقوله عليه السلام: «**أقِيمُوا الحدودَ علَى ما ملكَتْ أيمانُكُم**»(٢).

ومعنى قوله: «**لا يُثرِّب عليها**» قيل: لا يُوَبِّخْها ولَا يُعَيِّرها، وقيل: لا يبالغ في جلدها بحيث يدميها، ولأن في إقامة الحد للسيد لا ينقص قيمة العبد بظهور زناه؛ لأنها أستر، فصار كالتعزير، ولأن ولاية السيد أقوى من ولاية الإمام، حتى ملك فيه تصرفات لا يملكها الإمام، ألا ترى أن المولى يملك تزويجه دون الولي بالقرابة؛ لأن ولاية الملك فوق ولاية القرابة، وولاية القرابة فوق ولاية السلطنة، ولأن السلطان لا يُزوِّج إلا بعد فقد القريب، فعلم أن ولاية الملك فوق ولاية السلطنة.

ولنا؛ ما روي عن ابن مسعود وابن عباس وابن الزبير موقوفًا ومرفوعًا أنه عليه السلام قال: «**أربعٌ إلَى الوُلاةِ: الحدودُ والصّدقاتُ [٥٧٠/ب] والجُمُعاتُ**

---

(١) أخرجه البخاري (٣/ ٨٣ رقم ٢٢٣٤)، ومسلم (٣/ ١٣٢٨ رقم ١٧٠٣) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.
(٢) أخرجه أبو داود (٤/ ١٦١ رقم ٤٤٧٣) من حديث علي رضي الله عنه.
وأخرجه مسلم (٣/ ١٣٣٠ رقم ١٧٠٥) من قول علي رضي الله عنه موقوفًا.

وَلِأَنَّ الحَدَّ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى، لِأَنَّ المَقصِدَ مِنهَا إخلَاءُ العَالَم عَن الفَسَادِ، وَلِهَذَا لَا يَسقُطُ بِإِسقَاطِ العَبدِ فَيَستَوفِيهِ مَن هُوَ نَائِبٌ عَن الشَّرعِ، وَهُوَ الإِمَامُ أَو نَائِبُهُ، بِخِلَافِ التَّعزِيرِ، لِأَنَّهُ حَقُّ العَبدِ وَلِهَذَا يُعَزِّرُ الصَّبِيُّ، وَحَقُّ الشَّرعِ مَوضُوعٌ عَنهُ.

قَالَ: (وَإِحصَانُ الرَّجم: أَن يَكُونَ حُرًّا عَاقِلًا بَالِغًا مُسلِمًا، قَد تَزَوَّجَ امرَأَة

والفَيْءُ»[1] ولأن الحد حق الله تعالى؛ إذ الغرض منه إخلاء العالم عن الفساد؛ ليتحقق محكومه إلى يوم التنادِ، ولهذا لا يسقط بإسقاط العبد، فتكون الولاية مستحقة بالنيابة، والسلطان نائبه، أما المولى فولايته بالملك لا يصلح نائبًا عنه تعالى.

بخلاف التعزير؛ لأنه من حقوق الملك، والغرض منه التثقيف والتأديب، وذلك سبب زيادة ماليَّته، فيرجع نفعه إليه، فكان حقًّا له، فكان بسبيل منه، ولهذا كان المولى مقدمًا على الإمام فيما يثبت الولاية له بسبب الملك، كالتزويج.

وللإمام إقامة الحد شاء السيد أو أبى، دل أنه لا يثبت له ولاية إقامته، وكيف يثبت له وهو عين مملوك له؟ ومن ذلك الوجه لا يجب الحد، بل إنما يجب باعتبار الآدمية؛ لأن العبد في حق الحدود يبقى على أصل الحرية، حتى يصحَّ إقراره بالحدود ولا يصح إقرار سيده عليه، فكان سيِّده عليه فيها كسائر الأجانب، كما في طلاق زوجته.

وأما قوله عليه السلام: «**أَقِيمُوا الحُدودَ**»[2] خطاب للولاة، كقوله تعالى: ﴿فَاَقْطَعُوٓاْ﴾ [المائدة:٣٨] ﴿فَٱجۡلِدُواْ﴾ [النور:٢]، وفائدة تخصيص المماليك ألّا تحملهم الشفقة على ملكهم على الامتناع عن إقامة الحد عليهم، أو المراد: التسبيب والمرافعة إلى الإمام، وقد يضاف الشيء إلى المباشر تارة، وإلى المسبب أخرى، والظاهر هذا؛ لأنه خاطب كل الموالي بذلك، وكل الموالي لا يملكون المباشرة بالإجماع، أو المراد بقوله عليه السلام: «**فَلْيَجْلِدْها**» أي: يكون سبب جلدها بالمرافعة إلى الإمام.

قوله: (وإحصان الرجم) قيد به؛ احترازًا عن إحصان القذف، فإنه غير هذا، على ما يجيء.

---

(١) تقدم تخريجه قريبًا.

(٢) تقدم تخريجه قريبا.

نِكَاحًا صَحِيحًا، وَدَخَلَ بِهَا، وَهُمَا عَلَى صِفَةِ الإِحصَانِ) فَالعَقلُ وَالبُلُوغُ شَرطٌ لِأَهلِيَّةِ العُقُوبَةِ إذ لَا خِطَابَ دُونَهُمَا، وَمَا وَرَاءَهُمَا يُشتَرَطُ لِتَكَامُلِ الجِنَايَةِ بِوَاسِطَةِ تَكَامُلِ النِّعمَةِ، إذ كُفرَانُ النِّعمَةِ يَتَغَلَّظُ عِندَ تَكَثُّرِهَا، ....

والإحصان والتحصين في اللغة: المنع، قال تعالى: ﴿لِتُحْصِنَكُم مِّنۢ بَأْسِكُمْ﴾ [الأنبياء:٨٠] وقال تعالى: ﴿فِى قُرًى مُّحَصَّنَةٍ﴾ [الحشر:١٤] وقيل: الأصل الدخول في الحصن.

وورد في الشرع بمعنى الإسلام، وبمعنى العقل، وبمعنى الحرية، وبمعنى التزويج، وبمعنى الإصابة في النكاح، ويقال: أحصنت المرأة: إذا عفت، وأحصنها زوجها، وأحصن الرجل: تزوج.

وفي المبسوط(١): قال المتقدمون: شرائط إحصان الرجم سبعة:

العقل والبلوغ؛ فهما شرطا الأهلية للعقوبة.

وأما الحرية شرط تكميل العقوبة، والإحصان ينطلق عليها، قال تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ﴾ [النساء:٢٥] أي: الحرائر بإجماع الأمة.

وشرط النكاح الصحيح؛ إذ بالفاسد لا يثبت الإحصان بالإجماع؛ إذ النكاح الصحيح يمكن من الوطء الحلال.

وشرط الدخول؛ لقوله عليه السلام: «**الثَّيِّبُ بالثَّيِّبِ**»(٢) والثيب لا يكون إلا بالدخول.

ففي الذخيرة(٣): وثنتان من هذه الشرائط على الاختلاف، أحدهما: الإسلام، وقد ذكر في الكتاب، والثاني: كون كل واحد مساويًا لصاحبه في شرائط الإحصان وقت الإصابة بحكم النكاح، فهذا شرط عندنا لثبوت الإحصان، خلافًا للشافعي.

---

(١) المبسوط للسرخسي (٩/ ٣٩).
(٢) أخرجه مسلم (٣/ ١٣١٦ رقم ١٦٩٠) من حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه.
(٣) ينظر: حاشية الشلبي على تبيين الحقائق (٣/ ١٧٣).

وَهَذِهِ الأَشيَاءُ مِن جَلَائِلِ النِّعَمِ. وَقَد شُرِعَ الرَّجمُ بِالزِّنَا عِندَ استِجمَاعِهَا فَيُنَاطُ بِهِ.

بِخِلَافِ الشَّرَفِ وَالعِلمِ؛ لِأَنَّ الشَّرعَ مَا وَرَدَ بِاعتِبَارِهِمَا، وَنَصبُ الشَّرعِ بِالرَّأيِ مُتَعَذِّرٌ، وَلِأَنَّ الحُرِّيَّةَ مُمكِنَةٌ مِن النِّكَاحِ الصَّحِيحِ، وَالنِّكَاحُ الصَّحِيحُ مُمكِنٌ مِن الوَطءِ الحَلَالِ، وَالإِصَابَةُ شِبَعٌ بِالحَلَالِ، وَالإِسلَامُ يُمَكِّنُهُ مِن نِكَاحِ المُسلِمَةِ وَيُؤَكِّدُ اعتِقَادَ الحُرمَةِ، فَيَكُونُ الكُلُّ مَزجَرَة عَن الزِّنَا. وَالجِنَايَةُ بَعدَ تَوَفُّرِ الزَّوَاجِرِ أَغلَظُ، وَالشَّافِعِيُّ يُخَالِفُنَا فِي اشتِرَاطِ الإِسلَامِ وَكَذَا أَبُو يُوسُفَ فِي رِوَايَة(*)، لَهُمَا: مَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ رَجَمَ يَهُودِيَّينِ قَد زَنَيَا» قُلنَا: كَانَ ذَلِكَ بِحُكمِ التَّورَاةِ

بيان ذلك: لو تزوج الحر المسلم البالغ العاقل أمة أو صبية أو مجنونة أو كتابية ودخل بها فالزوج لا يصير محصنًا بهذا الدخول، حتى لو زنى لا يرجم، وعند الشافعي[1] يصير محصنًا، وكذلك الحرة العاقلة البالغة المسلمة زوجت نفسها من عبد أو مجنون أو صبي ودخل بها لا تصير محصنة عندنا.

وعند الشافعي تصير محصنة، وقال مالك: إذا كان أحدهما كاملًا صار الآخر محصنًا أيضًا، إلا الصبي يطأ الكبيرة، فإنها لا تصير محصنة، ولو وطئ الكبير الصغيرة يوطأ مثلها صارت محصنًا.

قوله: (فيناط به) أي: باستجماع هذه الشرائط.

وقوله: (بخلاف الشرف والعلم) متصل بقوله: **(وهذه الأشياء من جلائل النعم)**.

قوله: (والشافعي يخالفنا في الإسلام) وبقوله قال أحمد وأبو يوسف في رواية، وعند مالك: الإسلام شرط كقولنا؛ لقوله عليه السلام: **«مَنْ أشركَ بالله...»** الحديث[2]، رواه الدارقطني عن ابن عمر.

قوله: (كان ذلك بحكم التوراة) والنزاع في حكم الإسلام، ويحتمل أن الإحصان لم يكن شرطًا في دينهم، وكان عليه السلام يعمل بحكم التوراة قبل أن ينزل حكم القرآن، فلما نزل حكم القرآن نسخ ذلك، والحكم المنسوخ باطل.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة ومحمد.

(١) انظر: الأم للشافعي (٥/ ١٦٢).

(٢) تقدم تخريجه قريبًا.

ثُمَّ نُسِخَ، يُؤَيِّدُهُ «قَولُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ مَن أَشرَكَ بِاللَّهِ فَلَيسَ بِمُحصَن».

وَالمُعتَبَرُ فِي الدُّخُولِ إِيلَاجٌ فِي القُبُلِ عَلَى وَجه يُوجِبُ الغُسلَ.

وَشَرطُ صِفَةِ الإِحصَانِ فِيهِمَا عِندَ الدُّخُولِ، حَتَّى لَو دَخَلَ بِالمَنكُوحَةِ الكَافِرَةِ أَو المَملُوكَةِ أَو المَجنُونَةِ أَو الصَّبِيَّةِ لَا يَكُونُ مُحصَنًا، وَكَذَا إِذَا كَانَ الزَّوجُ مَوصُوفًا بِإِحدَى هَذِهِ الصِّفَاتِ، وَهِيَ حُرَّةٌ مُسلِمَةٌ عَاقِلَةٌ بَالِغَةٌ؛ لِأَنَّ النِّعمَةَ بِذَلِكَ لَا تَتَكَامَلُ، إذ الطَّبعُ يَنفِرُ عَن صُحبَةِ المَجنُونَةِ، وَقَلَّمَا يَرغَبُ فِي الصَّبِيَّةِ لِقِلَّةِ رَغبَتِهَا فِيهِ وَفِي المَملُوكَةِ حَذَرًا عَن رِقِّ الوَلَدِ وَلَا ائتِلَافَ مَعَ الِاختِلَافِ فِي الدِّينِ. وَأَبُو يُوسُفَ ﵀ يُخَالِفُهُمَا فِي الكَافِرَةِ، وَالحُجَّةُ عَلَيهِ مَا ذَكَرنَاهُ، وَقَولُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا تُحصِّنُ المُسلِمَ اليَهُودِيَّةُ وَلَا النَّصرَانِيَّةُ وَلَا الحُرَّ الأَمَةُ وَلَا الحُرَّةَ العَبدُ» قَالَ: (وَلَا يُجمَعُ فِي المُحصَنِ بَينَ الرَّجمِ وَالجَلدِ) لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَم

قوله: (**وأبو يوسف يخالفهما في الكافرة**) وبه قال الشافعي وأحمد؛ لأن ما هو المقصود قد تم، وهو انكسار الشهوة بإصابة الحلال.

ولنا؛ قوله عليه السلام: «**لا تُحْصَنْ...**» الحديث[١]، وقال عليه السلام لكعب بن مالك، وقد أراد أن يتزوج يهودية: «**دَعْها فإنّها لَا تُحْصِنُكَ**»[٢] ولأن الزوجية شرط إجماعًا، وهي تبنى على المساواة، بدليل قولهم: زوجُ نعل، وزوج خفّ، وتمامها بما قلنا؛ لأنَّ الرِّق ينتقص الازدواج، [٥٧١/أ] وكذا بالصغر والجنون والكفر؛ لما ذكرنا، والرجم أقصى العقوبات، فتعتبر النهاية في شرائطه؛ احتيالًا للرد.

(**ولا يجمع في المحصن بين الجلد والرجم**) وهو قول مالك والشافعي والزهري والأوزاعي والنخعي والثوري وأبي ثور، وأحمد في رواية[٣].

وقال أحمد في رواية وداود: يجلد مائة ويرجم، واختاره ابن المنذر من أصحاب الشافعي[٤]؛ لما روى عبادة بن الصامت أنه عليه السلام قال: «**خُذُوا**

---

(١) تقدم تخريجه قريبًا.
(٢) تقدم تخريجه قريبًا.
(٣) ينظر: الأوسط لابن المنذر (١٢/ ٤٢٩).
(٤) ينظر: الأوسط لابن المنذر (١٢/ ٤٣٠).

يَجمَع، وَلِأَنَّ الجَلدَ يَعرَى عَن المَقصُودِ مَعَ الرَّجمِ؛ لِأَنَّ زَجرَ غَيرِهِ يَحصُلُ بِالرَّجمِ، إذ هُوَ فِي العُقُوبَةِ أَقصَاهَا وَزَجرُهُ لَا يَحصُلُ بَعدَ هَلَاكِهِ.

عَنّي قد جعلَ اللهُ لهُنَّ سبيلًا البِكرُ بالبِكْرِ جلدُ مائةٍ وتغريبُ عامٍ، والثَّيِّبُ بِالثَّيبِ جلدُ مائةٍ ورَجمٌ بالحجارَةِ» رواه مسلم[١].

وروى جابر أن رجلًا زنى فأمر النبي عليه السلام فجلد، ثم أخبر أنه قد كان أحصن، فأمر به فرجم[٢]، وعن علي قال في شراحة الهمدانية: جلدتها بكتاب الله، وهو قوله تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي﴾ [النور: ٢] ورجمتها بسنة رسول الله.

ولنا؛ حديث ماعز والغامدية، وقد رجمهما النبي عليه السلام ولم يجلدهما، وحديث أنيس أنه عليه السلام قال: «**فإنِ اعْترفَتْ فارْجُمْها**»[٣] ولم يأمره بجلدها، ولو وجب لأمره به، ولأنه لا فائدة في الجلد مع الرجم؛ لأنه شرع زاجرًا، وزجره لا يتأتى مع هلاكه، وزجر غيره يحصل بالرجم؛ إذ هو أبلغ العقوبات.

وقوله عليه السلام: «**الثَّيِّبُ بِالثَّيِّبِ جلدُ مائةٍ**»[٤] أي: في حق غير المحصن «**ورَجمٌ بالحِجارَةِ**» أي: في حق المحصن، على أنه منسوخ، فقد قالوا: إن حد الزنا كان في الابتداء الإيذاء باللسان، كما قال تعالى: ﴿فَـَٔاذُوهُمَا﴾ [النساء:١٦] فنسخ بالحبس بقوله تعالى: ﴿فَأَمۡسِكُوهُنَّ فِي ٱلۡبُيُوتِ﴾ [النساء:١٥] ثم نسخ الحبس بقوله عليه السلام: «**خُذوا عَنّي فقدْ جعلَ اللهُ لهُنَّ سبيلًا...**» الحديث[٥] كان قبل نزول سورة النور بدليل قوله: «**خُذوا عنِّي**» ولو كان بعدها لقال: خذوا عن الله، ثم نسخ ذلك بقوله تعالى: ﴿فَٱجۡلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٖ مِّنۡهُمَا مِاْئَةَ جَلۡدَةٖ﴾ [النور:٢] فكان الجلد

---

(١) أخرجه مسلم (٣/ ١٣١٦ رقم ١٦٩٠) من حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه.

(٢) أخرجه أبو داود (٤/ ١٥١رقم ٤٤٣٨)، والنسائي في الكبرى (٦/ ٤٤٠ رقم ٧١٧٣).
ثم رواه النسائي في الكبرى (٦/ ٤٤٠، ٧١٧٤) من قول جابر رضي الله عنه وصحح وقفه.

(٣) تقدم تخريجه قريبا.

(٤) تقدم تخريجه قريبا.

(٥) تقدم تخريجه قريبا.

قَالَ: (وَلَا يُجمَعُ فِي البِكرِ بَينَ الجَلدِ وَالنَّفيِ) وَالشَّافِعِيُّ يَجمَعُ بَينَهُمَا حَدًّا لِقَولِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «البِكرُ بِالبِكرِ جَلدُ مِائَة وَتَغرِيبُ عَام» وَلِأَنَّ فِيهِ حَسمَ بَابِ الزِّنَا لِقِلَّةِ المَعَارِفِ ....

حد كل زانٍ، ثم نسخ بالرجم في حق المحصن بحديث ماعز وغيره؛ لما ذكرنا أنه قريب إلى التواتر، وأجمع عمل الصحابة عليه، فاستقر الحكم على الجلد في حق غير المحصن، وعلى الرجم فقط في حق المحصن.

وأما حديث جابر فجائز أن يكون جلده بعض الحد؛ لأنه لم يعلم بإحصانه، ثم لما ثبت إحصانه رجمه، وقول أصحابنا كذلك، وحديث شراحة يحتمل أن يكون على هذا الوجه.

قوله: (والشافعي يجمع بينهما) أي: بين الجلد والنفي **(حدًّا)** وبه قال أحمد والثوري والأوزاعي والحسن بن صالح، ومالك في الرجل دون المرأة والعبد، والنفي حبس في الموضع الذي ينفى إليه، وعند الشافعي وأحمد: يُنفى العبد نصف سنة.

وقوله: (حدًّا) يشير إلى أن النفي عندنا يجوز بطريق التعزير والسياسة، احتج الشافعي بقوله عليه السلام: **«البِكْرُ بالبِكْرِ جلد مِائَة وتغريبُ عَام»**[(١)].

وروي أنه عليه السلام والخلفاء الراشدون كانوا يضربون ويُغَرِّبون، ولأن الزنا قبل أن تتخذه المرأة عادة ينشأ من رفاع العيش، وكثرة المصاحبة والمؤانسة، وقرب الوساد يورث الفساد، والتغريب حسم لمواد الزنا، ألا ترى أن حد السرقة شرع بقطع اليد والرجل؛ لأن تمكنه من هذا الفعل بالمشي والبطش، فقطع الآلة الباطشة والماشية مانع له من ذلك.

قوله: (لقلة المعارف) إلى قلة من يعرفهم ويعرفونه من الأحياء والخبيثات إلى ما ذكرنا من أن الزنا ينشأ من الصحبة والمؤانسة وقرب الوساد، والتغريب قاطع لهذا، إلا أن مالكًا يقول: حق العبد في المرأة راجحة على حق الله تعالى؛ لحاجته وغنى الشرع.

---

(١) تقدم تخريجه قريبا.

وَلَنَا: قَوله تَعَالَى: ﴿فَٱجْلِدُواْ﴾ [النور: ٢] جَعَلَ الجَلدَ كُلَّ المُوجَبِ رُجُوعا إِلَى حَرفِ «الفَاءِ» وَإِلَى كَونِهِ كُلَّ المَذكُورِ، وَلِأَنَّ فِي التَّغرِيبِ فَتحَ بَابِ الزِّنَا لِانعِدَامِ الِاستِحيَاءِ مِن العَشِيرَةِ، ثُمَّ فِيهِ قَطعُ مَوَادِّ البَقَاءِ، فَرُبَّمَا تَتَّخِذُ زِنَاهَا مَكسَبَة وَهُوَ مِن أَقبَحِ وُجُوهِ الزِّنَا، وَهَذِهِ الجِهَةُ مُرَجَّحَةٌ لِقَولِ عَلِيٍّ - رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنهُ -: «كَفَى بِالنَّفيِ

ولنا؛ قوله تعالى: ﴿فَٱجْلِدُواْ﴾ [النور:٢] فالفاء تقتضي أن يكون الحد كل لموجب؛ لدخوله على كل حكم ما ذكر من السبب، كما في قوله تعالى: ﴿فَكَفَّـٰرَتُهُۥٓ﴾ [المائدة:٨٩] فإن أئمة اللغة اتفقوا على أن الفاء للجزاء.

ولهذا لا يصح أن يقال: لم يفرقوا بين قوله: (إن أكرمك فأكرمه) وبين قوله (جازه بالإكرام) ولهذا لا يصح أن يقال: (إن أكرمك فأكرمه ولا تجازه بالإكرام).

والجزاء: اسم لما تقع به الكفاية؛ لأنه من (جزأ) بالهمز، أي: كفى، ويقال جازئه به، أي: كافئه، وإنما تقع الكفاية بالجلد إذا لم يجد معه شيئا آخر، وهكذا معنى قول المصنِّف: (**رجوعًا إلى حرف الفاء، أو إلى كونه كل المذكور**) فيكون كل المراد؛ إذ الموضع موضع الحاجة إلى البيان، فلو أوجبنا معه التغريب لكان الجلد بعض الموجب، فيكون نسخًا.

قوله: (**لِانْعِدَامِ الِاسْتِحْيَاءِ مِنَ الْعَشِيرَةِ**) فتقطع الموانع والمدافع من حفظ العشائر والاستحياء من المعارف، فيغلب الزنا (**ثم فيه**) أي: في التغريب (**قطع مواد البقاء**) [٥٧١/ب] وهو الكسب؛ لأنها لما تباعدت عن الأقارب والأوطان، وتركت في الرباط والخان أخرجها انقطاع مواد المعاش إلى اتخاذ الزنا مكسبة؛ لانقطاع الموانع والمدافع من العشائر والاستحياء.

(**وهو من أقبح وجوه الزنا**) يعني هذا أقوى مما قاله الخصم؛ لأن ما ينشأ من الصحبة والمؤانسة يكون مكتومًا، وما ينشأ عن الوقاحة وخلاعة العِذار يكون مشهورًا، وهذا أفحش.

قوله: (**وهذه الجهة مرجحة**) يجوز بكسر الجيم، وبفتحها على بناء المفعول، أي: رَجَّحَها قولُ عليٍّ، واللّام للتعليل.

فِتنَةٌ»، وَالحَدِيثُ مَنسُوخٌ كَشَطرِهِ، وَهُوَ قَولُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الثَّيِّبُ بِالثَّيِّبِ جَلدُ مِائَة وَرَجمٌ بِالحِجَارَةِ» وَقَد عُرِفَ طَرِيقُهُ فِي مَوضِعِهِ .(إلَّا أَن يَرَى الإِمَامُ فِي ذَلِكَ مَصلَحَة، فَيُغَرِّبَهُ عَلَى قَدرِ مَا يَرَى) وَذَلِكَ تَعزِيرٌ وَسِيَاسَةٌ؛ لِأَنَّهُ قَد يُفِيدُ فِي بَعضِ الأَحوَالِ فَيَكُونُ الرَّأيُ فِيهِ إِلَى الإِمَامِ، وَعَلَيهِ يُحمَلُ النَّفيُ المَروِيُّ عَن بَعضِ

قوله: (والحديث منسوخ كشطره) الثاني (وهو قوله: «الثيبُ بالثيبِ جلدُ مائةٍ ورجمٌ بالحجارَةِ»[1] والعجب من الخصم أنه يحكم في الحديث الواحد بأن نصفه منسوخ ونصفه لا (وقد عرف طريقه) أي: طريق النسخ (في موضعه) من المباسيط والتفاسير وكتاب الناسخ والمنسوخ، وقد بيَّناه في المسألة الأولى.

وفي المبسوط [2]: لو زنت أَمَة أكنت تنفيها؟ فتحول بين مولاها وبين خدمتها، وحق المولى في الخدمة مرعيٌّ، وهو مقدَّم على حق الشرع! فإذا ثبت أن الأمة لا تُنفى، فكذلك الحُرَّة؛ لأنه تعالى قال: ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ﴾ [النساء:٢٥] وهذا حجة على مالك في الحقيقة.

قوله: (وذلك) أي: التغريب بقدر ما يرى (تعزير وسياسة) فلا يختصُّ بالزنا، بل يجوز ذلك في كل جناية (وعليه) أي: على التعزير والسياسة يحمل ما روي عن النبي ﷺ وبعض الصحابة، ألا ترى أنه عليه السلام نفى هيت المخنث من المدينة، ونفى عمر[3] نصر بن حجاج من المدينة حين سمع قائلة تقول: [البحر البسيط].

هَلْ مِنْ سَبِيلٍ إِلَى خَمْرٍ فَأَشْرَبَهَا ... أَوْ مِنْ سَبِيلٍ إِلَى نَصْرِ بْنِ حَجَّاجِ
إِلَى فَتَى مَاجِدِ الأَعْرَاقِ مُقْتَبَلٍ ... سَهْلِ المُحَيَّا كَرِيمٍ غَيْرِ مِلْجَاجِ

وذلك لا يوجب النفي، ولكن فعل ذلك للمصلحة، فقالَ: ما ذنبي يا أمير المؤمنين؟ فقال: لا ذنب لك، وإنما الذنب لي حيث لا أطهر دار الهجرة عنك.

يقال: رجل مقتبل الشباب: إذا لم يَبِنْ فيه أثر الكبر. السهل: خلاف الصعب، وهو كناية عن حسن وجهه. اللجاجة: التمادي في الخصومة.

ألا ترى أنَّ عمر رضي الله عنه نفى زانيًا فلحق بالروم، فحلف ألا ينفي أحدًا بعد هذا، فلو كان مشروعًا حدًّا لما حلف ألّا يقيمه.

---

(١) تقدم تخريجه قريبا. (٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٩/ ٤٥).
(٣) أخرجه ابن عساكر في تاريخ دمشق (٦٢/ ٢١).

الصَّحَابَةِ (وَإِذَا زَنَى المَرِيضُ وَحَدُّهُ الرَّجمُ رُجِمَ)؛ لِأَنَّ الإِتلَافَ مُستَحَقٌّ فَلَا يَمتَنِعُ

وقال علي ﷺ: كفى بالنفي فتنةً، والحد شرع لتسكين الفتنة، فما يكون فتنة لا يكون حدًّا، ومما يدلّ على أنّ النّفي على وجه التعزير لا الحد أن الحد معلوم المقدار والنهاية، ولذلك سُمّيت الحدود حدودًا، لا يجوز الزيادة عليها ولا النقصان، فلما لم يذكر النبي عليه السلام للنفي مكانًا معلومًا، ولا مقدارًا من المسافة والبعد، ولا مقدارًا من الزمان أنه ليس بحد.

وعن ابن عمر أنَّ أمة له زنت فجلدها ولم ينفها، فلو كان النفي حدًّا لما خفي على كثير من الصحابة، ولأنه عليه السلام قال في الأَمَة: «**إذا زَنَتْ فلْيَجْلِدْها...**»[1] كما ذكرنا، وهو متفق عليه، يدل على أن النفي لم يكن حدًّا، فلو كان حدًّا لذكره النبي ﷺ، مع الجلد، ولأنه عليه السلام قال في الثالثة أو الرابعة: «**يَبيعُها ولَو بحبلٍ من شَعرٍ**»[2] وفي رواية: «**ولو بضَفيرٍ**»[3] يدل على أنها لا تنفى؛ لأنه لو وجب نفيها لما جاز بيعها؛ لعدم إمكان تسليمها. كذا في أحكام القرآن للرازي.

قوله: (**وحَدُّهُ الرَّجْمُ رُجِمَ**) باتفاق الأئمة الأربعة[4]، وعن بعض أصحاب الشافعي في وجه: إن ثبت زناه بالإقرار يؤخر إلى أن يبرأ؛ لأنه بسبيل من الرجوع، وربما يرجع، ولكن الظاهر والمشهور منهم أنَّ الرجم لا يؤخر.

وإن كان حَدُّه الجلد يؤخر إلى أن يبرأ، وهذا في مرض يرجى زواله، وعن ابن القطّان من أصحاب الشافعي أنه لا يؤخر، ويضرب في المرض بحسب ما يحتمله، وبه قال أحمد، وعن أحمد: يؤخر حتى يبرأ، كقول العامة.

وإن كان مرض لا يرجى زواله، كالشلل ومخدوج الخِلقة، أي: ضعيف الخِلقة لا يحتمل السياط، فعندنا والشافعي وأحمد يضرب بعثكال فيه مائة شمراخ، فيضرب دفعة واحدة؛ لأنه عليه السلام أمر في مثله أن يؤخذ عثكال فيه

---

(١) أخرجه البخاري (٣/ ٧١ رقم ٢١٥٢)، ومسلم (٣/ ١٣٢٨ رقم ١٧٠٣) من حديث أبي هريرة ﷺ.
(٢) أخرجه البخاري (٨/ ١٧٢ رقم ٦٨٣٩) من حديث أبي هريرة ﷺ.
(٣) أخرجه البخاري (٣/ ٧١ رقم ٢١٥٣) من حديث أبي هريرة وزيد بن خالد ﷺ.
(٤) ينظر: الأوسط لابن المنذر (١٢/ ٤٢٧).

بِسَبَبِ المَرَضِ (وَإِن كَانَ حَدُّهُ الجَلدَ لَم يُجلَد حَتَّى يَبرَأَ) كَيلَا يُفضِيَ إِلَى الهَلَاكِ، وَلِهَذَا لَا يُقَامُ القَطعُ عِندَ شِدَّةِ الحَرِّ وَالبَردِ (وَإِن زَنَت الحَامِلُ لَم تُحَدَّ حَتَّى تَضَعَ حَملَهَا) كَيلَا يُؤَدِّيَ إِلَى هَلَاكِ الوَلَدِ وَهُوَ نَفسٌ مُحتَرَمَةٌ (وَإِن كَانَ حَدُّهَا الجَلدَ لَم تُجلَد حَتَّى تَتَعَالَى مِن نِفَاسِهَا) أَي تَرتَفِعَ يُرِيدُ بِهِ تَخرُجُ مِنهُ؛ لِأَنَّ النِّفَاسَ نَوعُ مَرَض فَيُؤَخَّرُ إِلَى زَمَانِ البُرءِ. بِخِلَافِ الرَّجمِ؛ لِأَنَّ التَّأخِيرَ لِأَجلِ الوَلَدِ وَقَد انفَصَلَ. وَعَن أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله: أَنَّهُ يُؤَخَّرُ إِلَى أَن يَستَغنِيَ وَلَدُهَا عَنهَا إِذَا لَم يَكُن أَحَدٌ يَقُومُ بِتَربِيَتِهِ(*)؛ لِأَنَّ فِي التَّأخِيرِ صِيَانَةَ الوَلَدِ عَن الضَّيَاعِ، وَقَد رُوِيَ أَنَّهُ عَلَيهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَالَ لِلغَامِدِيَّةِ

مائة شمراخ ويضرب ضربة، أو يضرب بمائة سوط مجتمعة ضربة واحدة، ذكره في المحيط[1].

وفيه: ولهذا لا يقام الحدُّ في الحَرِّ الشديد والبرد الشديد، وبه قال الشافعي، بل يؤخر إلى زمان اعتدال الهواء، وقال مالك: يضرب المريض مائة سوط متفرقًا بحسب ما يحتمله، وإن لم يكن أُخِّر.

قوله: (وَهُوَ نَفْسٌ مُحْتَرَمَةٌ) لأن المخلوق من ماء الزنا محترم كغيره؛ لأنه لو لم تَجْنِ، ويُخاف الهلاك عليه بسبب الرجم.

قوله: (لأن النفاس نوع مرض) [٥٧٢/أ] وهو ظاهر، فيؤخَّر إلى زمان البُرء.

عن عليٍّ رضي الله عنه أن جارية لرسول الله ﷺ زنت فأمرني أن أجلدها، فإذا هي حديثة عهد بنفاس، فخشيت أن أقتلها إن جلدتها، فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ، فقال عليه السلام: «أحسَنْتَ»، رواه مسلم[2].

قوله: (لأن في التأخير صيانة الولد عن الضياع) لأنه إذا لم يكن أحد يقوم بتربيته، وبه قالت الأئمة الثلاثة.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) ينظر: البناية شرح الهداية للعيني (٦/ ٢٩٢).

(٢) أخرجه مسلم (٣/ ١٣٣٠ رقم ١٧٠٥).

بَعدَمَا وَضَعَت: «ارجِعِي حَتَّى يَستَغنِيَ وَلَدُك» ثُمَّ الحُبلَى تُحبَسُ إِلَى أَن تَلِدَ إن كَانَ الحَدُّ ثَابِتًا بِالبَيِّنَةِ كَي لَا تَهرُبَ، بِخِلَافِ الإِقرَارِ؛ لِأَنَّ الرُّجُوعَ عَنهُ عَامِلٌ فَلَا يُفِيدُ الحَبسُ والله أعلم.

بَابُ الوَطءِ الَّذِي يُوجِبُ الحَدَّ وَالَّذِي لَا يُوجِبُهُ

قَالَ: (الوَطءُ المُوجِبُ لِلحَدِّ هُوَ الزِّنَا) وَإِنَّهُ فِي عُرفِ الشَّرعِ وَاللِّسَانِ: وَطءُ الرَّجُلِ المَرأَةَ فِي القُبُلِ فِي غَيرِ المِلكِ وَشُبهَةِ المِلكِ، لِأَنَّهُ فِعلٌ مَحظُورٌ، وَالحُرمَةُ

ولأنه عليه السلام قال للغامدية، روي أنها أقرّت حاملًا عند النبي عليه السلام، فقال: «ارجِعِي حتّى تَضَعِي ما في بَطنِكِ» فلما وضعت جاءت فأقرَّت ثانيًا، قال عليه السلام: «ارْجِعي حتى يَسْتَغْنِيَ وَلَدُكِ» فقالت: أخاف أن أموت قبل أن أُحَدَّ، فقال رجل: أنا أقوم بتربيته، أي: ولدها، فأمر عليه السلام برجمها(١)، فدلَّ أنَّ الحكم هو التأخير إذا لم يكن لولدها مُرَبٍّ. كذا في مبسوط شيخ الإسلام(٢).

(ثم الحبلى تحبس إلى أن تلد) إن ثبت زناها بالبيِّنة؛ حِذارًا من الفرار، وإن ثبت بالإقرار لا تحبس؛ لتمكُّنها من دفع الحدّ بالرجوع، فلا يفيد الحبس. ذكره في المحيط.

وكذا في المريض إذا أخِّر، ولو ادَّعت أنها حُبلى لا يُقبل قولها، لكن القاضي يريها النساء؛ فإن قلن: حبلى حبسها إلى حولين، فإن لم تلد رجمها؛ للتيقّن بكذبها.

ولو وجدت امرأة لا زوج لها حُبلى فلا يجب عليها الحدّ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد، وقال مالك: يجب عليها الحد.

بَابُ الْوَطْءِ الَّذِي يُوجِبُ الْحَدَّ وَالَّذِي لَا يُوجِبُهُ

لما ذكر الحدُّ مع كيفيَّة إقامته شرع في بيان الوطء الموجب له.

قوله: (وَطْءُ الرَّجُلِ الْمَرْأَةَ...) إلى آخره، فإن قيل: ينتقض هذا الحد بفعل

---

(١) تقدم تخريجه قريبا.

(٢) ينظر: البناية شرح الهداية للعيني (٦/ ٢٩٢).

عَلَى الإِطلَاقِ عِندَ التَّعَرِّي عَن الـمِلكِ وَشُبهَتِهِ، يُؤَيِّدُ ذَلِكَ قَولُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «ادرَؤُوا الحُدُودَ بِالشُّبُهَاتِ» ثُمَّ الشُّبهَةُ نوعَانِ: شُبهَةٌ فِي الفِعلِ وَتُسَمَّى شُبهَةَ اشتِبَاهٍ، وَشُبهَةٌ فِي المَحَلِّ وَتُسَمَّى شُبهَةٌ حُكمِيَّةٌ.

المرأة، فإنه زنا مع أنه ليس بوطء الرجلِ المرأةَ.

قلنا: فعلها يدخل بطريق التبعيَّة بسبب التمكين طوعًا، ولهذا في كل موضع يجب الحد على الرجل يجب الحد على المرأة إن كانت هي من أهل الوجوب عليها.

بخلاف العكس، فإنه إذا لم يجب الحد عليها، بأن كانت مجنونة أو صبيَّة يجامع مثلها يجب على الرجل، ولو مكّنت بالغة عاقلة من مجنون أو صبي لا يجب الحد عليها عندنا؛ لما أن فعلها تبع لفعله. ذكره في المبسوط[١].

فإذا كان كذلك يدخل بطريق التبعية فعلها.

وفي المحيط[٢]: ويتحقق الوطء بالتقاء الختانين، وشرط وجوب الحد: العلم بحرمة الزنا، وهذا باتفاق الفقهاء.

(**قوله عليه السلام**: «**ادْرَءُوا الْحُدُودَ بِالشُّبُهَاتِ**»[٣] وهذا حديث متفق عليه، تلقَّته الأُمَّة بالقَبول، وإنما اختلفوا في ثبوت الشبهة وحَدِّها، فيحتاج إلى تحديدها وتنويعها.

فحدُّ الشبهة: ما يشبه الثابت وليس بثابت. (**ثم**) هي (**نوعان**)، وفي المحيط[٤]: الشبهة ثلاثة: شبهة في الفعل، وشبهة في المحل، وشبهة في العقد.

قوله: (**شُبْهَةَ اشْتِبَاهٍ**) أي: شبهة في حق من اشتبه عليه، وليس بشبهة في حق من لم تشتبه عليه.

قوله: (**وَتُسَمَّى شُبْهَةً حُكْمِيَّةً**) وتسمى أيضًا شبهة الملك.

---

(١) المبسوط للسرخسي (٩/ ٥٤).

(٢) انظر: حاشية الشلبي على تبيين الحقائق (٣/ ١٦٥).

(٣) تقدم تخريجه قريبا.

(٤) انظر: البناية شرح الهداية للعيني (٦/ ٢٩٦).

فَالأُولَى: تَتَحَقَّقُ فِي حَقِّ مَن اشتَبَهَ عَلَيهِ؛ لِأَنَّ مَعنَاهُ: أَن يُظَنَّ غَيرُ الدَّلِيلِ دَلِيلًا وَلَا بُدَّ مِن الظَّنِّ لِيَتَحَقَّقَ الِاشتِبَاهُ.

وَالثَّانِيَةُ: تَتَحَقَّقُ بِقِيَامِ الدَّلِيلِ النَّافِي لِلحُرمَةِ فِي ذَاتِهِ، وَلَا تَتَوَقَّفُ عَلَى ظَنِّ الجَانِي وَاعتِقَادِهِ. وَالحَدُّ يَسقُطُ بِالنَّوعَينِ لِإِطلَاقِ الحَدِيثِ. وَالنَّسَبُ يَثبُتُ فِي الثَّانِيَةِ إِذَا ادَّعَى الوَلَدَ، وَلَا يَثبُتُ فِي الأُولَى وَإِن ادَّعَاهُ لِأَنَّ الفِعلَ ....

وذكر التمرتاشي والمرغيناني: هي عبارة عن قيام العلَّة بلا عمل؛ لمانع اتصل بها، وهي مانعة للحد على التقادير كلها.

وفي الإيضاح[1]: جملة هذا الباب أن الشبهة إذا كانت في الموطوءة يسقط الحد، سواء ادعى ظن الحل أو لا؛ لأن الملك إذا ثبت من وجه لم يبقَ معه اسم الزنا، ولو كان الشبهة في الفعل؛ إن ادعى الظن لم يجب الحد، ولو ادعى أحدهما الظن ولم يدع الآخر فلا حد عليهما حتى يُقرّا جميعًا أنهما قد علما بالحُرمة؛ لأن الشبهة إذا تمكنت في الفعل من أحد الجانبين تسري إلى الجانب الآخر ضرورة.

قوله: (**يَظُنَّ غَيْرَ الدَّلِيلِ دَليلًا**) كما ظنَّ أنَّ جارية امرأته تحلّ له بناء على أن الوطء نوع استخدام، والاستخدام يحلّ، فكذا الوطء.

قوله: (**وَالثَّانِيَةُ تَتَحَقَّقُ بِقِيَامِ الدَّلِيلِ النَّافِي لِلْحُرْمَةِ فِي ذَاتِهِ**) مثل قوله عليه السلام: «**أنتَ ومالُكَ لأبيكَ**»[2].

قوله: (**لإطلاق الحديث**) وهو قوله عليه السلام: «**ادْرَءُوا الْحُدُودَ بِالشُّبُهَاتِ**»[3].

قوله: (**لا يثبت في الأولى**) لا يثبت النسب؛ لأن هذا وطء في شبهة العقد، فيكفي ذلك لإثبات النسب. ذكره التمرتاشي.

وفي الإيضاح[4]: المُطَلَّقة بعوض، والمُختلِعة ينبغي أن تكون كالمُطَلَّقة ثلاثًا.

---

(١) انظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للفخر الزيلعي (٧/ ٣٦).

(٢) أخرجه ابن ماجه (٢/ ٧٦٩ رقم ٢٢٩١) من حديث جابر رضي الله عنه.
قال البوصيري: إسناده صحيح ورجاله ثقات على شرط البخاري. مصباح الزجاجة (٨١١).

(٣) تقدم تخريجه قريبا.

(٤) ينظر: البناية شرح الهداية للعيني (٦/ ٢٩٦).

تَمَحَّضَ زِنا فِي الأُولَى؛ وَإِن سَقَطَ الحَدُّ لِأَمر رَاجِع إِلَيهِ وَهُوَ اشتِبَاهُ الأَمرِ عَلَيهِ وَلَم يَتَمَحَّض فِي الثَّانِيَةِ فَشُبهَةُ الفِعلِ فِي ثَمَانِيَةِ مَوَاضِعَ: جَارِيَةُ أَبِيهِ وَأُمِّهُ وَزَوجَتُهُ، وَالمُطَلَّقَةُ ثَلَاثًا وَهِيَ فِي العِدَّةِ، وَبَائِنًا بِالطَّلَاقِ عَلَى مَال وَهِيَ فِي العِدَّةِ، وَأُمُّ وَلَد

(**تمحض**) أي: خلص، من المحض، وهو اللبن الخالص الذي لم يخالطه شيء.

(**لأمر راجع إليه**) أي: إلى الوطء.

(**ولم يتمحض في الثانية**) وهي الشبهة في المحل؛ لوجود الدليل الشرعي على حل الوطء وإن لم يثبت الحل فكذلك عم حكمه في الظن وعدمه [في سقوط][(1)]؛ لما ذكرنا أنَّ الملك إذا ثبت بوجه لم يبقَ معه اسم الزنا من كل وجه.

وما قيل في المحيط[(2)]: وشبهة في العقد، وكذا ذكر في الكافي، [٥٧٢/ ب] راجع إلى شبهة الدليل، وهي الشبهة في المحل، ولهذا قيل: تُسمَّى شبهة الملك.

وفي الكافي[(3)]: إذا وجد حلالًا كان أو حرامًا متفقًا على تحريمه أو مختلفًا فيه، علم الواطئ أنه يَحرُم أو لم يعلم يسقط الحدُّ عند أبي حنيفة، وعندهما إذا نكح نكاحًا مُجمَعًا على تحريمه فليس ذلك بشبهة، ويحد، ويجيء بعد ذلك.

قوله: (جارية أبيه وأمه وزوجته) وكذا جارية جده وإن علا، وجدته وإن علت.

قوله: (وبائنًا بالطلاق على مال) قيد به؛ لأن البينونة لو حصلت بلا مال فوطئها في العدَّة لا حدَّ عليه، وإن قال: علمت أنها حرام عليَّ، كما يجيء.

(**وأم ولد أعتقها، وهي في العدة**)؛ لأن أثر الفراش، وهو العدة، باقٍ لمولاها، فكان الظن في موضع الاشتباه كما في المطلقة ثلاثًا، وهو الأصح؛

---

(١) كذا في الأصل، والذي في البناية شرح الهداية (٦/ ٢٩٧): (في سقوط الحد).
(٢) البناية شرح الهداية للزيلعي (٦/ ٢٩٧).
(٣) البناية شرح الهداية للزيلعي (٦/ ٢٩٨).

أَعتَقَهَا مَولَاهَا وَهِيَ فِي العِدَّةِ، وَجَارِيَةُ المَولَى فِي حَقِّ العَبدِ، وَالجَارِيَةُ المَرهُونَةُ فِي حَقِّ المُرتَهِنِ فِي رِوَايَةِ كِتَابِ الحُدُودِ.

فَفِي هَذِهِ المَوَاضِعِ لَا حَدَّ عَلَيهِ إِذَا قَالَ: ظَنَنت أَنَّهَا تَحِلُّ لِي. وَلَو قَالَ: عَلِمت أَنَّهَا عَلَيَّ حَرَامٌ وَجَبَ الحَدُّ. وَالشُّبهَةُ فِي المَحَلِّ فِي سِتَّةِ مَوَاضِعَ: جَارِيَةُ ابنِهِ، وَالمُطَلَّقَةُ طَلَاقًا بَائِنًا بِالكِنَايَاتِ، وَالجَارِيَةُ المَبِيعَةُ فِي حَقِّ البَائِعِ قَبلَ التَّسلِيمِ، وَالمَمهُورَةُ فِي حَقِّ الزَّوجِ قَبلَ القَبضِ، وَالمُشتَرِكَةُ بَينَهُ وَبَينَ غَيرِهِ، وَالمَرهُونَةُ فِي حَقِّ المُرتَهِنِ فِي رِوَايَةِ كِتَابِ الرَّهنِ. فَفِي هَذِهِ المَوَاضِعِ لَا يَجِبُ الحَدُّ، وَإِن قَالَ:

لأن عقد الرهن يُثبِتُ مُلك اليد حقًّا للمرتهن، وبه تثبت شبهة الاشتباه، كما في العِدَّة من خُلْعٍ أو ثلاثٍ؛ لبقاء مُلك اليد فيها بسبب العدة. كذا في المبسوط[١].

وبه قال الشافعي في قول، وقال في قول: لا يسقط الحد، وبه قال أحمد؛ لعدم الإجماع على حرمته؛ لأن كل جهة صحَّحها بعض العلماء وحكم بحلِّ الوطء بها فالظاهر أنه لا حدَّ على الواطئ بتلك الجهة.

وإن كان لا يعتقد الحِلَّ، كالوطء في النكاح بلا ولي كمذهب أبي حنيفة، وبلا شهود كمذهب مالك، وظاهر المذهب في المرهونة وجوب الحد على المرتَهِنِ إذا وطئ بإذن مالكها وهو يعتقد التحريم، ولهذا لو أباح مالكٌ وطءَ جاريتِه غيرَه، ووطئها الغير يُوجب الحدَّ بإجماع الأُمَّة.

وما نقل عن عطاء بن أبي رباح أنه يباح وطء الجارية بإذن مالكها لم يصحِّحوا النقل، أو الإجماع انعقد بعده على التحريم، فيرفع الخلاف السابق، كما في نكاح المتعة. كذا في شرح الوجيز[٢].

ولا خلاف لأحد أنَّ الشبهة في الفعل وشبهة في المحل وشبهة في الطريق تسقط الحد.

قوله: (في حقِّ المُرتَهِن في رواية كتاب الرهن) سواء ادعى ظنَّ الحِلِّ أو لا، كما في الجارية المشتركة، وهكذا ذكر أيضًا في شروح الجامع والذخيرة[٣].

---

(١) المبسوط (٥/ ١٧٥).

(٢) العزيز شرح الوجيز للرافعي (١١/ ١٤٧).

(٣) انظر: البناية شرح الهداية للزيلعي (٦/ ٢٩٨).

عَلِمت أَنَّهَا عَلَيَّ حَرَامٌ.

ثُمَّ الشُّبهَةُ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَثبُتُ بِالعَقدِ، وَإِن كَانَ مُتَّفَقًا عَلَى تَحرِيمِهِ وَهُوَ عَالِمٌ بِهِ، وَعِندَ البَاقِينَ لَا تَثبُتُ إِذَا عَلِمَ بِتَحرِيمِهِ، وَيَظهَرُ ذَلِكَ فِي نِكَاحِ المَحَارِمِ عَلَى مَا يَأتِيك إن شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، إِذَا عَرَفنَا هَذَا (وَمَن طَلَّقَ امرَأَتَهُ ثَلَاثًا ثُمَّ وَطِئَهَا فِي العِدَّةِ وَقَالَ: عَلِمتُ أَنَّهَا عَلَيَّ حَرَامٌ، حُدَّ) لِزَوَالِ المِلكِ المُحَلِّلِ مِن كُلِّ وَجه، فَتَكُونُ الشُّبهَةُ مُنتَفِيَة وَقَد نَطَقَ الكِتَابُ بِانتِفَاءِ الحِلِّ، وَعَلَى ذَلِكَ الإِجمَاعُ، ....

في الإيضاح[١]: في المرهونة إذا قال: ظننت أنها تحلُّ لي، فقد ذكر في كتاب الرهن: لا يحدُّ، وذكر في كتاب الحدود أنه يُحدُّ، ولم يعتبر ظنُّه؛ لأن الاستيفاء من عينها لا يُتصوَّر، وإنما يُتصوَّر من معناها، فلم يكن الوطء حاصلًا في محلِّ الاستيفاء، فلم تثبت الشبهة للفعل، وصار كالغريم إذا وطئ جارية الميت.

ووجه عامَّة الروايات سوى رواية الإيضاح[٢] أنه وطئ جارية انعقد له فيها سبب الملك في الحال، ويصير مستوفيًا ومالكًا بالهلاك من وقت الرَّهن، فصار كجارية اشتراها والخيار للبائع.

ووجه رواية كتاب الحدود أن عقد الرهن لا يفيد ملك المتعة بحال، لم تورث الإجارة في المحلِّ شبهة حكمية، فعلى هذا ينبغي أن يجب عليه الحد، اشتبه على الحد أو لم يشتبه، كما في المستأجرة في الخدمة، إلا أنه لا يجب عند الاشتباه؛ لأن ملك المال في الجملة سبب لملك المتعة، وإن لم يكن في الرهن سببًا بخلاف الإجارة؛ لأن الثابت بها ملك المنفعة.

ولا يتصوَّر أن يكون ذلك سبب ملك المتعة، أما في المرهونة ملك المال بعد هلاك الجارية، وبعد الهلاك لا يفيد ملك المتعة بحال من الأحوال، فكان بمنزلة ملك المنفعة. كذا في الذخيرة وفي شروح الجامع الصغير[٣].

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم (٥/ ١٤).

(٢) ينظر: العناية شرح الهداية للبابرتي (٥/ ٢٥٢).

(٣) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الحقائق للفخر الزيلعي (٣/ ١٧٧).

وَلَا يُعتَبَرُ قَولُ المُخَالِفِ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ خِلَافٌ لَا اختِلَافٌ، وَلَو قَالَ: ظَنَنتُ أَنَّهَا تَحِلُّ لِي لَا يُحَدُّ، لِأَنَّ الظَّنَّ فِي مَوضِعِهِ، لِأَنَّ أَثَرَ المِلكِ قَائِمٌ فِي حَقِّ النَّسَبِ وَالحَبسِ وَالنَّفَقَةِ، فَاعتُبِرَ ظَنُّهُ فِي إسقَاطِ الحَدِّ، وَأُمُّ الوَلَدِ إِذَا أَعتَقَهَا مَولَاهَا، وَالمُختَلِعَةُ وَالمُطَلَّقَةُ عَلَى مَال بِمَنزِلَةِ المُطَلَّقَةِ الثَّلَاثِ لِثُبُوتِ الحُرمَةِ بِالإِجمَاعِ وَقِيَامِ بَعضِ

قوله: (وقد نطق الكتاب) أي: القرآن، فقال تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠] الآية.

قوله: (ولا يعتبر قول المخالف) جواب سؤال، وهو أن يقال: اختلف الناس في وقوع الثلاث جملةً، فعند الزُّيديَّة من الروافض: تقع واحدة، وعند الإماميَّة منهم: لا يقع شيء، ويزعمون أنه قول عليٍّ، فينبغي أن يصير ذلك شبهة في المحل، كقول عمر في الكنايات.

فقال في جوابه: **(ولا يعتبر قوله)**؛ لأنه خلاف قول معتبر؛ لأنه مخالف لقول الجمهور حتى لا يسعُ القاضي أن يقضي به، فلو قضى لا ينفذ، ولهذا لو طلَّقها ثلاثًا ثم راجعها ثم وطئها بعد مضي العدَّة، وقال: ظننت أنها تَحلُّ لي يُحدُّ إجماعًا.

ولو كان كذلك لما وجب الحد؛ لأن على قول الإماميَّة: النكاح قائم.

وعلى قول الزَّيدِّية: يعود النكاح بالرجعة؛ لأنه قد صحَّ عن عليٍّ أنه يقع الثلاث جملةً، فيكون ذلك خلافًا لا اختلافًا[1].

وقيل في تفسير الخلاف: هو ما يكون الطريق والمقصد مختلفًا، والاختلاف ما يكون المقصد متحدًا والطريق مختلفًا، ولهذا يقال: مختلفة درس فلان، فيكون الخلاف ما يكون بلا دليل، والاختلاف بالدليل.

[٥٧٣/أ] **قوله: (لأن أثر الملك قائم)**: أي: ثابت حتى يُثبِتَ النَّسب متى ولدت.

(والحبس) أي: المنع من الخروج **(والنَّفقة)** أي: تجب النفقة، وكذا يَحرُم نكاح أختها، وأربع سواها، ويَحرَم قَبول شهادة كل واحد منهما لصاحبه، فجاز

---

(١) وقع في الأصل (خلافا لاختلافا)، والمثبت من النسخة الثانية.

الآثَارِ فِي العِدَّةِ (وَلَو قَالَ لَهَا: أَنتِ خَلِيَّةٌ أَو بَرِّيَّةٌ أَو أَمرُك بِيَدِك، فَاختَارَت نَفسَهَا، ثُمَّ وَطِئَهَا فِي العِدَّةِ، وَقَالَ: عَلِمتُ أَنَّهَا عَلَيَّ حَرَامٌ، لَم يُحَدَّ) لِاختِلَافِ الصَّحَابَةِ ﷺ فِيهِ؛ فَمِن مَذهَبِ عُمَرَ أَنَّهَا تَطلِيقَةٌ رَجعِيَّةٌ، وَكَذَا الجَوَابُ فِي سَائِرِ الجِنَايَاتِ، وَكَذَا إِذَا نَوَى ثَلَاثًا لِقِيَامِ الِاختِلَافِ مَعَ ذَلِكَ (وَلَا حَدَّ عَلَى مَن وَطِئَ جَارِيَةَ وَلَدِهِ وَوَلَدِ وَلَدِهِ وَإِن قَالَ: عَلِمتُ أَنَّهَا عَلَيَّ حَرَامٌ) لِأَنَّ الشُّبهَةَ حُكمِيَّةٌ، لِأَنَّهَا نَشَأَت عَن دَلِيل، وَهُوَ قَولُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «أَنتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ» وَالأُبُوَّةُ قَائِمَةٌ فِي حَقِّ الجَدِّ. قَالَ: (وَيَثبُتُ النَّسَبُ مِنهُ، وَعَلَيهِ قِيمَةُ الجَارِيَةِ) وَقَد ذَكَرنَاهُ (وَإِذَا وَطِئَ جَارِيَةَ أَبِيهِ أَو أُمِّهِ أَو زَوجَتِهِ ....

أن نقيس حِلَّ الوطء على بعض الأحكام، فلذا اشتبه عليه ما يشتبه مثله، فيُعذَر.

قوله: (**إذا أعتقها مولاها**) وهي في العدة، وقد ذكرنا قوله.

(**فمن مذهب عمر أنها**) أي: الكنايات (**رجعيَّة**) وقد بيَّناه في الطَّلاق.

قوله: (**وَوَلَدِ وَلَدِهِ**) يعني وإن كان ولده حيًّا، فإنه ذُكِر في الخزانة: وإن كان الأب في الأحياء، وتعليل الكتاب أشير إليه، وهو **قوله**: (**والأُبوَّةُ قائمة في حقِّ الجدّ**).

وذكر البزدوي(١): وطئ جارية حافدِهِ، والأب في الأحياء لا يجب الحد باعتبار الولاد، والشبهة نشأت من الأبوة، وهي قائمة، ولهذا تعتق عليه، لكن ليس له ولاية التمليك حال قيام الأب الأقرب، فلا يمكن تحقيق الفراش مع مساس الحاجة، فبقي وطئًا في غير الملك، لكن فيه شبهة الملك، فيكفي لدرء الحد لا يكفي لإثبات النسب.

(**وإذا وطئ جارية أبيه أو أمه أو زوجته**) فلا حدَّ عليه، خلافًا لزُفر، فإنه يحدُّه مطلقًا؛ لقيام الوطء، وهو في المحلِّ الخالي عن الملك وشبهته، ولا اعتبار بتأويله الفاسد في إسقاط الواجب، كما لو وطئ جارية أخيه أو عمه بظن الحل.

---

(١) انظر: حاشية الشلبي على تبيين الحقائق (٣/ ١٧٦).

وَقَالَ: ظَنَنت أَنَّهَا تَحِلُّ لِيَ، فَلَا حَدَّ عَلَيهِ وَلَا عَلَى قَاذِفِهِ، وَإِن قَالَ: عَلِمت أَنَّهَا عَلَيَّ حَرَامٌ حُدَّ، وَكَذَا العَبدُ إِذَا وَطِئَ جَارِيَةَ مَولَاهُ) لِأَنَّ بَينَ هَؤُلَاءِ انبِسَاطًا فِي الِانتِفَاعِ فَظَنَّهُ فِي الِاستِمتَاعِ فَكَانَ شُبهَةَ اشتِبَاه، إِلَّا أَنَّهُ زِناً حَقِيقَةً فَلَا يُحَدُّ قَاذِفُهُ، وَكَذَا إِذَا قَالَت الجَارِيَةُ: ظَنَنت أَنَّهُ يَحِلُّ لِي وَالفَحلُ لَم يَدَّعِ فِي الظَّاهِرِ لِأَنَّ الفِعلَ وَاحِدٌ (وَإِن وَطِئَ جَارِيَةَ أَخِيهِ أَو عَمِّهِ وَقَالَ: ظَنَنتُ أَنَّهَا تَحِلُّ لِي حُدَّ) لِأَنَّهُ لَا انبِسَاطَ فِي المَالِ فِيمَا بَينَهُمَا، وَكَذَا سَائِرُ المَحَارِمِ سِوَى الوِلَادِ لِمَا بَيَّنَّا.

قوله: (فظنه) أي: ظنَّ الانتفاع **(في الاستمتاع)** ولهذا يجوز له الدخول في بيت سيِّده والانتفاع بماله بقدر الحاجة بدون إذنه.

وقوله: (وكذا إذا قالت الجارية) معطوف على **قوله: (وقال ظننت أنها تحل لي فلا حد عليه).**

وقوله: (في الظاهر) يتَّصل بقوله: **(وكذا العبد)** أي: لا حد على العبد في ظاهر الرواية إذا قالت الجارية: ظننت أنه يحل لي، وإن لم يدَّعِ العبدُ ظنَّ الحِلِّ؛ لأن الفعل واحد.

وروى الحسن عن أبي حنيفة أن الجارية إن ادَّعت الحِلّ ولم يدّعِ الفحلُ حُدَّ؛ لأن المرأة تابعة في فعل الزنا، فالشبهة المتمكِّنة في جانب التابع لا تعتبر في جانب الأصل، بخلاف ما إذا ادعى الرجل الظن؛ لأنه أصيل في الفعل، فيورث شبهة في التابع.

وقلنا: لما كان الفعل واحدًا فورود الشبهة في أحد الجانبين يكفي لإسقاط الحد عن الآخر.

فإن قيل: يَشْكُل بما لو زنا البالغ بصبيَّة، حيث يجب الحدُّ على البالغ دون الصبيَّة، مع أنَّ الفعل أيضًا واحد.

قلنا: سقوط الحد عن الصبية باعتبار عدم الأهلية للعقوبة لا باعتبار الشبهة في الفعل، وفيما نحن فيه باعتبار الفعل، فيؤثر في الجانب الآخر لا محالة.

قوله: (لما بيَّنا) وهو أنه لا بسوطة في مال هؤلاء، فلم يستند ظنه إلى دليل، فلا يعتبر، بخلاف ما لو سرق من بيت هؤلاء حيث لا يقطع؛ لأن الحرز لم يتحقق في حقه؛ لدخوله في بيت هؤلاء بلا استئذان وحشمة، والقطع دائر مع

(وَمَن زُفَّت إِلَيهِ غَيرُ امرَأَتِهِ وَقَالَت النِّسَاءُ: إِنَّهَا زَوجَتُك، فَوَطِئَهَا لَا حَدَّ عَلَيهِ، وَعَلَيهِ المَهرُ) قَضَى بِذَلِكَ عَلِيٌّ رضي الله عنه وَبِالعِدَّةِ، وَلِأَنَّهُ اعتَمَدَ دَلِيلًا وَهُوَ الإِخبَارُ فِي مَوضِعِ الِاشتِبَاهِ، إِذ الإِنسَانُ لَا يُمَيِّزُ بَينَ امرَأَتِهِ وَبَينَ غَيرِهَا فِي أَوَّلِ الوَهلَةِ فَصَارَ كَالمَغرُورِ، وَلَا يُحَدُّ قَاذِفُهُ إِلَّا فِي رِوَايَة عَن أَبِي يُوسُفَ رحمه الله(*)، ....

هتك الحرز، أما هاهنا الحِلُّ دائر مع الملك أو العقد أو شبهته، وبناء الظن على دليل الحل، ولم يوجد الحل ولا شبهته.

قوله: (ومن زُفَّتْ) أي: بعثت **(فوطئها فلا حد عليه)** وبه قالت الأئمة الثلاثة.

وفي المغني(١) لابن قدامة: لا أعلم فيه خلافًا.

وفي الإيضاح(٢): جعله من عداد شبهة الاشتباه، وهي شبهة في الفعل، وليس كذلك، فإنها لو جاءت بولد يثبت نسبه منه، فكانت المزفوفة من عداد نسبة الدليل، وإن كانت نسبة شبهة الاشتباه. كذا في النهاية.

وفي الكافي(٣): يثبت النسب وإن كانت شبهة اشتباه؛ لعدم الملك وشبهته إلا أنَّ الشَّارع أنزل الإخبار بالملك كالملك المحقق؛ لدفع ضرر الغرور، كمن اشترى جارية ووطئها ثم استحقت، فإنه يعتبر الملك كالثابت؛ لدفع ضرر الغرور، كذا هاهنا.

قوله: (إلا في رواية عن أبي يوسف) فإن إحصانه لا يثبت عنده؛ لأنه وطئها على تأويل النكاح، وهو تأويل في موضعه، فيقدر بينهما نكاحًا نظرًا له، ولهذا يثبت النسب منه، وعليه إجماع الصحابة، قدروا نكاحها في التي زفت إليه حتى حكموا بثبوت النسب والمهر، فيكون هذا النسب حلالًا ظاهرًا، والحكم مبني على الظاهر.

وقالا: لما تبين الأمر بخلاف الظاهر بقي الظاهر معتبرًا في إيراث الشبهة، وبالشبهة يسقط الحد ولا يجب.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة ومحمد.

(١) المغني لابن قدامة (٩/ ٥٧).

(٢) ينظر: حاشية الشلبي على تبيين الحقائق (٣/ ١٧٩).

(٣) انظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للفخر لزيلعي (٣/ ١٧٩).

لِأَنَّ المِلكَ مُنعَدِمٌ حَقِيقَة (وَمَن وَجَدَ امرَأَة عَلَى فِرَاشِهِ فَوَطِئَهَا، فَعَلَيهِ الحَدُّ) لِأَنَّهُ لَا اشتِبَاهَ بَعدَ طُولِ الصُّحبَةِ، فَلَم يَكُن الظَّنُّ مُستَنِدًا إِلَى دَلِيل، وَهَذَا لِأَنَّهُ قَد يَنَامُ عَلَى فِرَاشِهَا غَيرُهَا مِن المَحَارِمِ الَّتِي فِي بَيتِهَا، وَكَذَا إِذَا كَانَ أَعمَى، لِأَنَّهُ يُمكِنُهُ التَّمييزُ بِالسُّؤَالِ وَغَيرِهِ، إِلَّا ....

وسئل أبو حنيفة ﷺ عن أخوين تزوجا أختين، فَزُفَّت كل منهما إلى زوج أختها، فقال: ليطلق كل زوجته ثم يتزوج من وطئها.

وقال سفيان الثوري: على كل واحد منهما المهر، وعلى كل واحدة العدة، فإذا مضت عدَّتها دخل بها زوجها، فقال أبو حنيفة: ما قلتُ أحسن، أرأيت لو صبر كل منهما حتى تمضي العدة، أما كان يبقى في قلب كل واحد شيء لدخول أخيه [٥٧٣/ ب] بامرأته؟ ولكن إذا طلَّق كلٌّ زوجته قبل الدخول والخلوة لا تجب العدة، وعدته لا تمنع نكاحها، ولم يبقَ في قلب كل منهما شيء.

قوله: **(وجد امرأة على فراشه فوطئها)** وقال: حسبتها امرأتي **(عليه الحد)**.

وقال الشافعي ومالك وأحمد: لا حدَّ عليه إن ظن أنها امرأته أو أمته؛ قياسًا على ليلة الزفاف، وعلى من شرب شرابًا على ظن أنه ليس بخمر فإنه لا يحد.

وقلنا: بعد امتداد العهد وطول الصحبة لا تشتبه عليه امرأته، وقد ينام على فراشها غيرها من المحارم التي في بيتها، فلم يستند ظنه إلى دليل، بل هو دعوى الظن في غير موضعه، فلم يعتبر، كوطء أمة مستأجرة أو وديعة، بخلاف ليلة الزفاف؛ لما قلنا أنه لا يميز بين امرأته وغيرها في أول الوهلة، وبخلاف مسألة الشرب فإنه لا يميز بين الخمر وغيره إلا بعد الشرب.

قوله: (وكذا إذا كان أعمى) فإنه يجب الحد عليه عندنا، خلافًا لهما **(لأنه يقدر على التمييز بالسؤال أو بغيره)** من الحركات والهيئات، فكان كالبصير **(إلا إذا كان دعاها فأجابته أجنبية وقالت: أنا زوجتك)** قيَّد بقوله: **(أنا زوجتك)** لأنها لو لم تقل فأجابته بالفعل حين دعا امرأته فوطئها يحد، فأما إذا قالت: (فأنا فلانة) يعني امرأة الأعمى عند إجابتها بالفعل، فلا يحد. كذا في الإيضاح[١].

ولو أكرهها يجب عليه الحد دونها، ولا يجب المهر عندنا، وعند الشافعي

---

(١) النهر الفائق شرح كنز الدقائق لعمر بن إبراهيم بن نجيم الحنفي (٣/ ١٣٧).

إن كَانَ دَعَاهَا فَأَجَابَتهُ أَجنَبِيَّةٌ وَقَالَت: أَنَا زَوجَتُك فَوَاقَعَهَا لِأَنَّ الإِخبَارَ دَلِيلٌ (وَمَن تَزَوَّجَ امرَأَة لَا يَحِلُّ لَهُ نِكَاحُهَا فَوَطِئَهَا، لَا يَجِبُ عَلَيهِ الحَدُّ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ) وَلَكِن يُوجَعُ عُقُوبَة إِذَا كَانَ عَلِمَ بِذَلِكَ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ وَالشَّافِعِيُّ: عَلَيهِ الحَدُّ إِذَا كَانَ عَالِما بِذَلِكَ(*)؛ لِأَنَّهُ

يجب الحد والمهر؛ إذ المهر بالحد لا يسقط، كما في القطع مع الضمان، ويجيء بعد ذلك البيان.

قوله: (وقال) أي: أبو يوسف ومحمد، والشافعي ومالك وأحمد: يجب عليه الحد إذا كان عالمًا بذلك، وكذا الخلاف في كل امرأة مُحرّمة برضاع أو نسب أو عقد غير أو مطلقة ثلاثًا فعند أبي حنيفة لا حد عليه سواء علم بكونها محرمة أو لا؛ لصورة العقد، وعندهم يجب الحد.

وفي المغني(١) لابن قدامة الحنبلي: فأما الأنكحة المجمع على بطلانها، كنكاح الخامسة والمعتدة والمزوجة للغير ومطلقته ثلاثًا وذات محارمه من نسب أو برضاع لا يمنع وجوب الحد؛ لما روي عن عمر ﵁ حين رفع إليه امرأة تزوجت في عدة فضالة بغيره: هل علمتما؟ فقالا: لا، فقال عمر: لو علمتما لرجمتكما.

وفي وطء محارمه بالعقد وبغيره روايتان: في رواية: يحدّ بعموم الآية.

والثانية: يقتل بكل حال؛ لما روي عن البراء قال: لقيت عمي وفي يده الراية، فقلت: إلى أين تريد؟ قال: بعثني رسول الله ﷺ إلى رجل نكح امرأة أبيه من بعده أن أضرب عنقه وآخذ ماله(٢)، قال الترمذي: هذا حديث حسن رواه ابن ماجه بإسناده أنه عليه السلام قال: «**مَنْ وقعَ على ذاتِ محرمٍ فاقْتُلوهُ**»(٣) انتهى كلامه.

(*) **الراجح: قول الصاحبين.**

(١) المغني لابن قدامة (٩/ ٥٦).

(٢) أخرجه الترمذي (٣/ ٣٦ رقم ١٣٦٢) وقال: حديث حسن.

(٣) أخرجه ابن ماجه (٢/ ٨٥٦ رقم ٢٥٦٤) والترمذي (٣/ ١١٤ رقم ١٤٦٢) من حديث ابن عباس ﵄. وضعفه بإبراهيم بن إسماعيل، وصححه الحاكم (٤/ ٣٩٧ رقم ٨٠٥٤) وتصحيح الحاكم فيه نظر فإبراهيم بن إسماعيل بن أبي حبيبة قال ابن حجر في التقريب (ص: ٨٧ رقم ١٤٦): ضعيف.

عَقدٌ لَم يُصَادِف مَحَلَّهُ فَيَلغُو كَمَا إذَا أُضِيفَ إِلَى الذُّكُورِ، وَهَذَا لِأَنَّ مَحَلَّ التَّصَرُّفِ مَا يَكُونُ مَحَلًّا لِحُكمِهِ، وَحُكمُهُ الحِلُّ وَهِيَ مِن المُحَرَّمَاتِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: أَنَّ العَقدَ صَادَفَ مَحَلَّهُ، لِأَنَّ مَحَلَّ التَّصَرُّفِ مَا يُقبَلُ مَقصُودُهُ، وَالأُنثَى مِن بَنَاتِ آدَمَ قَابِلَةٌ لِلتَّوَالُدِ وَهُوَ المَقصُودُ، وَكَانَ يَنبَغِي أَن يَنعَقِدَ فِي جَمِيعِ الأَحكَامِ، إِلَّا أَنَّهُ تَقَاعَدَ

قالت العامة: هذا حديث شاذ مخالف لظاهر الكتاب والأحاديث المشهورة، فيؤول ذلك في حق من يستحله، أو أمر ذلك سياسة وتعزيرًا لا حدًّا.

قوله: (وهي من المحرمات) أي: على التأبيد، فلا تكون محلًّا للحل، فلا ينعقد العقد أصلًا، كالبيع الوارد على الميتة والدم، وإذا لم ينعقد أصلًا لا تمكن شبهة الانعقاد فيما يرجع إلى إفادة الحل؛ إذ الشبهة في محل يتصور منه حقيقة، فتمحض الفعل حرامًا كما قبل العقد، يؤيّده قول عمر رضي الله عنه، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ۚ إِنَّهُۥ كَانَ فَـٰحِشَةً﴾ [النساء: ٢٢] والفاحشة اسم الزنا.

(ولأبي حنيفة أن العقد صادف محله)؛ لأن محلَّ العقد ما يكون قابلًا لمقصوده الأصلي، وكل أنثى من بنات آدم قابلة للتوالد، وهو المقصود الأصلي بالنكاح، وإذا كانت قابلة للمقصود كانت قابلة لحكمه؛ إذ الحكم يدخل في المعقود ذريعة إلى المقصود، فكان هذا عقدًا مضافًا إلى محله، فينبغي أن ينعقد في جميع الأحكام، إلا أنه تقاعد عن حقيقة إفادة الحل بالنص والإجماع؛ لأن العقد لم يضف إلى محله من وجه؛ إذ الشرع أخرج المحارم عن المحلية، فكان هذا وطئًا حصل عقيب عقد انعقد من وجه، فلا يحد لثبوت شبهة الحل.

كمن اشترى أمة بخمر فإن الخمر ليست بمال عندنا، ولكنها لما كانت مالًا عند أهل الذمة جعل ذلك معتبرًا في حق انعقاد العقد به، فهذا الذي هي محل في غيره من المسلمين أولى أن يعتبر ذلك في إيراث الشبهة في حقه.

يؤيده قوله عليه السلام: «**أيُّما امرأةٍ نكحَت بغيرِ إذنِ وليِّها فنكاحُها باطلٌ باطلٌ باطل فإن دخلَ بها فلهَا [٥٧٤/أ] المهرُ بما استحلَّ من فرجِها**»(١) فمع

---

(١) أخرجه الترمذي (٢/ ٣٩٨ رقم ١١٠٢) من حديث عائشة رضي الله عنها، وقال: حديث حسن.

عَن إِفَادَةِ حَقِيقَةِ الحِلِّ فَيُورِثُ الشُّبهَةَ، لِأَنَّ الشُّبهَةَ مَا يُشبِهُ الثَّابِتَ لَا نَفسَ الثَّابِتِ،

الحكم ببطلان النكاح أسقط الحدّ به، فدلّ أنّ صورة العقد مُسقِطةٌ للحد وإن كان باطلًا شرعًا.

ولأن الفعل ليس بزنًا لغةً، فإن أهل اللغة لا يفصلون بين الزنا بغيره إلا بالعقد، فعرف أن ذلك الوطء ليس بزنا لغة، ولهذا كان حلالًا في شريعة من قبلنا، ألا ترى أن الأمة التي هي أخت الرضاع للواطئ فوطؤه لا يوجب الحد، فالنكاح في كونه مشروعًا أقوى من ملك اليمين. ثم ملك اليمين في محل لا يوجب الحل يصير شبهة، ويسقط بعقد النكاح.

وأما قول عمر رضي الله عنه يمكن أن يكون بطريق السياسة، فلا تتم به الحجة، وأما الآية فاْسم الفاحشة لا يختص بالزنا، بل اسم لجميع ما هو حرام، قال تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُواْ ٱلْفَوَٰحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ﴾ [الأنعام:١٥١]، إليه أشار في المبسوط[١].

وفي الذخيرة[٢]: قال بعض المشايخ: سقوط الحد بشبهة الاشتباه عند أبي حنيفة في نكاح المحارم، فلا يفيد النسب، وقال بعضهم: بشبهة العقد وهو الصحيح؛ لأنه روي عن محمد أنه قال: سقوط الحد عنه لشبهة حكمية، فيثبت النسب. وهكذا ذكر في المنية.

قوله: (وَلَيْسَ فِيهَا حَدٌّ مُقَدَّرٌ فَيُعَزَّرُ) أشد التعزير، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد في رواية، وفي رواية: يقتل كما ذكرنا، وذكرنا جوابه، ومنكوحة الغير ومعتدته ومطلقته ثلاثًا بعد التزوج كالمحرم، يُفتَى على هذا الخلاف.

أما النكاح إن كان مختلفًا فيه، كالنكاح بلا شهود أو بلا ولي فلا حد عليه بإجماع الأئمة الأربعة؛ لتمكن الشبهة عند الكل، وكذا لو تزوج على حرة، أو أمة مجوسية، أو أمة بلا إذن سيدها، أو تزوج بغير إذن سيده فلا حد عليه بإجماع الأئمة الأربعة، ففي كل نكاح مختلف في جوازه لا يجب الحد بالإجماع، وفي كل نكاح هو باطل بإجماع الأمة فعلى هذا الخلاف بين أبي حنيفة وغيره.

---

(١) المبسوط للسرخسي (٩/ ٨٦).

(٢) ينظر: البحر الرائق في شرح كنز الدقائق (٥/ ١٧).

إِلَّا أَنَّهُ ارتَكَبَ جَرِيمَة وَلَيسَ فِيهَا حَدٌّ مُقَدَّرٌ فَيُعَزَّرُ (وَمَن وَطِئَ أَجنَبِيَّة فِيمَا دُونَ الفَرجِ يُعَزَّرُ) لِأَنَّهُ مُنكَرٌ لَيسَ فِيهِ شَيءٌ مُقَدَّرٌ (وَمَن أَتَى امرَأَة فِي المَوضِعِ المَكرُوهِ أَو عَمِلَ عَمَلَ قَومِ لُوط فَلَا حَدَّ عَلَيهِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَيُعَزَّرُ، وَزَادَ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَيُودَعُ فِي السِّجنِ، وَقَالَا: هُوَ كَالزِّنَا فَيُحَدُّ)(*) وَهُوَ أَحَدُ قَولَي الشَّافِعِيِّ، وَقَالَ فِي قَول: يُقتَلَانِ ....

قوله: (فيما دون الفرج) أي: غير السبيلين، كالتفخيذ والتبطين، ولا خلاف بين الأئمّة أن الزنا منوط بإدخال الفرج في السبيلين، والمرأة إذا أتت امرأة يعزران.

قوله: (ومن أتى امرأة في الموضع المكروه).

في المبسوط(١): من أتى امرأة أجنبية في دبرها، أو لاط بغلام فعليه التعزير عنده، وعندهما عليه الحد.

ولكن ذكر في روضة الزندويستي(٢) الخلاف في الغلام، أما لو أتى امرأة في الموضع المكروه يحد بلا خلاف، ولو فعل هذا بعبده أو أمته أو منكوحته لا يحد بلا خلاف. كذا في فتاوى الظهيرية.

وفي الكافي(٣): والأصح أن الكل على الخلاف، نص عليه في الزيادات.

وللشافعي في عبده وأمته ومنكوحته قولان، والأصح في العبد الحد، وفي الأمة والمنكوحة عدم الحد.

وهل تكون اللواطة في الجنة؟.

قيل: هذا على أصل، وهو إن كانت اللواطة حرمت في الدنيا عقلًا وسمعًا لا تباح في الجنة، وإن حرمت سمعًا لا عقلًا تباح فيها، والصحيح أنه لا يكون في الجنة؛ لأنه تعالى استبعد ذلك واستقبحه فقال: ﴿مَا سَبَقَكُم بِهَا مِنْ أَحَدٍ مِّنَ ٱلْعَٰلَمِينَ﴾ [الأعراف: ٨٠] وسمّاه خبثًا، فقال تعالى: ﴿كَانَت تَّعْمَلُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ﴾ [الأنبياء: ٧٤] والجنة منزهة عن الخبائث. هكذا ذكره التمرتاشي.

(*) الراجح: قول الصاحبين.

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٩/ ٧٧).

(٢) ينظر: مختصر القدوري (ص: ١٩٧)، والبناية في شرح الهداية للعيني (٦/ ٣٠٨).

(٣) ينظر: البناية في شرح الهداية للعيني (٦/ ٣٠٨).

بِكُلِّ حَال لِقَولِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «اُقتُلُوا الفَاعِلَ وَالمَفعُولَ» وَيُروَى: «فَارجُمُوا الأَعلَى وَالأَسفَلَ» وَلَهُمَا: أَنَّهُ فِي مَعنَى الزِّنَا، لِأَنَّهُ قَضَاءُ الشَّهوَةِ فِي مَحَلٍّ مُشتَهى عَلَى سَبِيلِ الكَمَالِ عَلَى وَجه تَمَحَّضَ حَرَامًا لِقَصدِ سَفحِ المَاءِ. ....

قوله: (**وقال**) أي: الشافعي (**في قول: يقتلان**) وله فيه وجوه:

في وجه: يقتلان بالسيف.

وفي وجه: يرجمان بكرًا كان أو ثيبًا، وبه قال مالك وأحمد؛ تغليظًا، وروي عن علي رضي الله عنه أنه يرجم اللواطي.

وفي وجه: يهدم عليه جدارًا، ويرمى من شاهق حتى يموت أخذًا من عذاب قوم لوط، قال تعالى: ﴿فَجَعَلْنَا عَالِيَهَا سَافِلَهَا وَأَمْطَرْنَا عَلَيْهِمْ حِجَارَةً﴾ [الحجر: ٧٤].

وفي شرح الوجيز[(١)]: وأصح القولين يجلد مائة إن كان بكرًا ويغرب، وإن كان محصنًا يرجم، كقول أبي يوسف ومحمد، روى أبو داود أنه عليه السلام قال: «**اقتلُوا الفاعلَ والمفعولَ**»[(٢)] وفي لفظ: «**ارجمُوا الأَعْلى والأَسْفلَ**»[(٣)].

(**لهما أنه**) أي: الإتيان في الدبر (**في معنى الزنا**) أي: في المعنى الذي تعلق به الحد من كل وجه، حتى إن من لا يعرف الشرع لا يفصل بينهما (**لأنه**) أي: الإتيان في الدبر (**قضاء الشهوة في محل مشتهى**) إذ المحل إنما يصير مشتهى باللين والحرارة، وذلك لا يختلف بين القُبُل والدّبر، ولهذا وجب الاغتسال بنفس الإيلاج، ويرغب العقلاء فيه كما يرغبون في القبل، بل الاشتهاء والرغبة في الدبر أبلغ؛ لأنه لا يتوهم حدوث الولد، بخلاف القبل، وتمحض الحرمة هنا أبين؛ لأن الحرمة في القبل تنكشف بكاشف، كالملك والنكاح، ولا كذلك هاهنا، فيثبت الحد فيه بدلالة [٥٧٤/ب] النص، يؤيده قوله عليه السلام: «**إذا أتَى الرَّجلُ الرَّجلَ فَهُما زانِيان**»[(٤)].

---

(١) العزيز شرح الوجيز للرافعي (١١/ ١٤٠). (٢) تقدم تخريجه قريبا.

(٣) تقدم تخريجه قريبا.

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٨/ ٤٠٦ رقم ١٧٠٣٣) قال: ومحمد بن عبد الرحمن هذا لا أعرفه، وهو منكر بهذا الإسناد، وضعفه ابن حجر في التلخيص الحبير (٤/ ١٠٣).

وَلَهُ: أَنَّهُ لَيسَ بِزِنا لِاختِلَافِ الصَّحَابَةِ ﷺ فِي مُوجِبِهِ مِن الإِحرَاقِ بِالنَّارِ وَهَدمِ الجِدَارِ وَالتَّنكِيسِ مِن مَكَان مُرتَفِع بِاتبَاعِ الأَحجَارِ وَغَيرِ ذَلِكَ، وَلَا هُوَ فِي مَعنَى الزِّنَا،

قوله: (وله) أي: لأبي حنيفة **(أنه ليس بزنًا)** حقيقةً لغةً، ألا ترى أنه ينفى ويقال: لاط وما زنى، وأهل اللغة فصلوا بينهما، قال قائلهم:

مِنْ كَفِّ ذاتِ حِرٍ فـي زِيِّ ذي ذَكَرٍ   لَـهـا مُـحِـبَّـانِ لـوطِـيٌّ وَزنَّـاءُ[1]

فلا بد من اعتبار الاسم، ألا ترى أن الصحابة اختلفوا في موجبه مع أنهم عرفوا نص الزنا وموجبه، فعن الصدّيق: يحرقان بالنار.

وعن المرتضى: يجلدان أو يرجمان، وعن ابن عباس: ينكسان من أعلى المواضع ويتبعان بالحجارة، وعن ابن الزبير: يحبسان في أنتن المواضع حتى يموتا نتنًا، وعن بعضهم: يهدم عليهما جدار.

ولا يظن بهم الاجتهاد في موضع النص، فكان اتفاقًا منهم على أنها ليست بزنًا؛ إذ لا يمكن إيجاب حد الزنا بغير الزنا، ولا هو في معنى الزنا من كل وجه، فلا يجوز إلحاقه بالدلالة، وذلك أنها قصرت في المعنى الداعي إلى شرعية الزجر؛ إذ الحدود شرعت زواجر؛ لأن عِلِّيَّة الزنا باعتبار ميل الطبع من الجانبين دعت إلى شرعية الحد إعدامًا للزنا وتقليلًا له، وهذا المعنى معدوم في اللواطة؛ لدعاء الطبع دون المفعول له عند سلامة الطبع.

ولا يشكل بوطء البالغِ الصغيرةَ، فإن الحد يجب على البالغ مع أن الداعي من جانبه، لأنا نقول: إذا بلغت حُدَّت حدًّا يحتمل الجماع كان الداعي فيها موجودًا، ووطؤها زنا، بخلاف اللواطة؛ لما ذكرنا.

وباعتبار آخر، وهو أن في الزنا إفساد النسل وتضييعه، وإفساد فُرُش الناس، فكان في معنى إهلاك الولد؛ لأن ولد الزنا هالك حكمًا؛ لعدم من يربيه دونها، وهي عاجزة عن الكسب عادة لا باعتبار الحرمة.

ألا ترى أن حد الشرب شرع في شرب الخمر دون شرب البول وإن استويا

---

(١) رسائل الجاحظ (٢/ ١٠٨)، خزانة الأدب للحموي (١/ ٤٥٥).

لِأَنَّهُ لَيسَ فِيهِ إِضَاعَةُ الوَلَدِ وَاشتِبَاهُ الأَنسَابِ، وَكَذَا هُوَ أَندَرُ وُقُوعًا لِانعِدَامِ الدَّاعِي مِن أَحَدِ الجَانِبَينِ وَالدَّاعِي إِلَى الزِّنَا مِن الجَانِبَينِ. وَمَا رَوَاهُ مَحمُولٌ عَلَى السِّيَاسَةِ أَو عَلَى المُستَحِلِّ، إِلَّا أَنَّهُ يُعَزَّرُ عِندَهُ لِمَا بَيَّنَّاهُ (وَمَن وَطِئَ بَهِيمَة لَا حَدَّ عَلَيهِ) ....

حرمةً، وليس في اللواطة شيء من هذه المعاني، فلا يلحق به دلالة، خصوصًا فيما يندرئ بالشبهات، ولا يجوز جبر هذا القصور بزيادة الحرمة؛ لأن ذا يكون قياسًا، ولا مدخل له في الحدود، وأما الحديث فمجاز يراد به في حق الإثم، بدليل اختلاف الصحابة.

وما رواه الشافعي محمول على أنه قاله في فاعل اعتاد ذلك، ومن اعتاد ذلك يقتل سياسة عندنا، ألا ترى أنه أمر بالقتل المطلق ولم يفرق بين المحصن وغيره، ولو كان بمنزلة الزنا لفرق بين المحصن وغيره، مع أن يحيى بن معين قال: راوي حديث ابن عباس: عاصم بن عمرو، وعمرو بن أبي عمرو، وهما ضعيفان، وتُكلم فيه.

عمرو بن أبي عمرو: مولى المُطّلب، واسم أبي عمرو: ميسرة[١]، قال البخاري: أبو عمرو صدوق، لكنه روى عن عكرمة مناكيرَ.

ويحمل على المستحِلّ، فإنه يصير مرتدًّا يقتل لذلك، وهو تأويل قوله عليه السلام: «**مَنْ أَتَى امرأَتَهُ الحائضَ، أو أتى امرأتَهُ في غيرِ مَأْتاها فقد كفر بما أُنزِل علَى محمد**»[٢].

قوله: (إِلَّا أَنَّهُ يُعَزَّرُ عِنْدَهُ) أي: عند أبي حنيفة.

وقوله: (لما بيّنا) إشارة إلى قوله: **(إن ارتكب كبيرة لا حدَّ فيه)** فعنده يفوض إلى رأي الإمام العادل العالم.

قوله: (وَمَنْ وَطِئَ بَهِيمَةً لَا حَدَّ عَلَيْهِ) عندنا وزفر، وبه قال مالك وعثمان البتي.

ورُوي مثله عن ابن عمر، وبه قال الشافعي في قول، وأحمد في رواية،

---

(١) وقع في الأصل اضطراب في ضبط الأسماء، والمثبت من النسخة الثانية.

(٢) أخرجه الترمذي (١/ ١٩٩ رقم ١٣٥)، وابن ماجه (١/ ٢٠٩ رقم ٦٣٩) من حديث أبي هريرة ﷺ.
قال الترمذي: لا نعرف هذا الحديث إلا من حديث حكيم الأثرم، عن أبي تميمة الهجيمي، عن أبي هريرة، وضعف محمد هذا الحديث من قبل إسناده.

لِأَنَّهُ لَيسَ فِي مَعنَى الزِّنَا فِي كَونِهِ جِنَايَة، وَفِي وُجُودِ الدَّاعِي، لِأَنَّ الطَّبعَ السَّلِيمَ يَنفِرُ عَنهُ وَالحَامِلُ عَلَيهِ نِهَايَةُ السَّفَهِ أَو فَرطُ الشَّبَقِ وَلِهَذَا لَا يَجِبُ سَترُهُ، إِلَّا أَنَّهُ يُعَزَّرُ لِمَا بَيَّنَّاهُ، وَالَّذِي يُروَى: أَنَّهُ تُذبَحُ البَهِيمَةُ وَتُحرَقُ فَذَلِكَ لِقَطعِ التَّحَدُّثِ بِهِ وَلَيسَ بِوَاجِب

وفي قول: يحد كالزنا، وبه قال أحمد في رواية، وفي قول: يقتل رجمًا بكرًا كان أو ثيبًا؛ لما رُوي عن عكرمة عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «**مَن وَجَدتموهُ علَى بَهيمةٍ فَاقتلوهُ وَاقْتلوا البَهيمةَ**»[1].

(**ولهذا لا يجب ستره**) أي: ستر فرج البهيمة، والفرج وإن كان غير مذكور لكن يفهم من **قوله**: (**وطئ بهيمة**) ولو كان الطبع داعيًا إليه لوجب ستر ذلك الموضع كما في القبل والدبر، والإيلاج فيه كالإيلاج في الكوز، ولهذا لا يجب الغسل، ولا تنتقض الطهارة بنفس الإيلاج بدون الإنزال، فلا يكون في معنى الزنا، فلا يحتاج إلى الزاجر.

قوله: (**لما بينا**) وهو أنه ارتكب جريمة وليس فيها حد.

وأما الحديث فشاذ ضعيف ضَعَّفَه البخاريُّ ويحيى بن معين وأبو داود كما ذكرنا، مع أنه روى أبو رزين عن ابن عباس أنه قال: "لا حدّ على من أتى بهيمة" وكذلك روى الثقات عن ابن عباس، وإن ثبت فتأويله في حق المستحل.

قوله: (**وَالَّذِي يُرْوَى أَنَّهُ تُذْبَحُ الْبَهِيمَةُ**) فقد رُوي عن عليٍّ أنه أمر بذبح البهيمة، وإحراقها ليس بواجب عندنا، وتأويله أنه فعل ذلك كيلا يُعَيَّر الرجل إذا كانت البهيمة باقية. كذا في المبسوط[2].

وفي الكافي[3]: إن كانت البهيمة مما لا يؤكل تذبح ثم تحرق بالنار، كذا

---

(١) أخرجه الترمذي (٣/ ١٠٨ رقم ١٤٥٥)، وابن ماجه (٢/ ٨٥٦ رقم ٢٥٦٤) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.
قال الترمذي: هذا حديث، لا نعرفه إلا من حديث عمرو بن أبي عمرو، عن عكرمة، عن ابن عباس، عن النبي ﷺ، وقد روى سفيان الثوري، عن عاصم، عن أبي رزين، عن ابن عباس، أنه قال: من أتى بهيمة فلا حد عليه. حدثنا بذلك محمد بن بشار، قال: حدثنا عبد الرحمن بن مهدي، قال: حدثنا سفيان الثوري وهذا أصح من الحديث الأول، والعمل على هذا عند أهل العلم، وهو قول أحمد، وإسحاق.

(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٩/ ١٠٢).

(٣) ينظر: درر الحكام شرح غرر الأحكام (٢/ ٦٦).

(وَمَن زَنَى فِي دَارِ الحَربِ، أَو فِي دَارِ البَغيِ، ثُمَّ خَرَجَ إِلَينَا لَا يُقَامُ عَلَيهِ الحَدُّ). وَعِندَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ: يُحَدُّ، لِأَنَّهُ التَزَمَ بِإِسلَامِهِ أَحكَامَهُ أَينَمَا كَانَ مَقَامُهُ. وَلَنَا: قَولُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا تُقَامُ الحُدُودُ فِي دَارِ الحَربِ» ....

في الأثر، ولا تحرق قبل الذبح، وضمن الفاعل قيمة الدابة إن كانت لغيره.

وقال بعض أصحاب الشافعي: تقتل ولا [٥٧٥/أ] تحرق، ويضمن الفاعل إن كانت لغيره، وعندنا الإحراق ليس بواجب، وإنما تحرق كيلا يعير الرجل.

وقال بعض أصحابه: لا تقتل، وفرق بعض أصحابه فقال: إن كانت مما لا يؤكل لا تذبح، وإن كانت مما يؤكل تذبح، وفي أكلها وجهان: أحدهما، لا يحل ويضمن لغيره.

ولو زنا بامرأة مستأجرة للوطء لا يحد عند أبي حنيفة، ويحد عندهما والشافعي وأحمد.

ولو وجدت امرأة لا زوج لها حاملًا لا تحد عندنا والشافعي وأحمد، وقال مالك: تُحَدّ.

قوله: (ثم خرج إلينا) أي: خرج وأقر عند القاضي، ولنا قوله عليه السلام: «**لا تُقامُ الحدودُ في دارِ الحربِ**»(١).

في شرح الصاعدي: رَوَى مُحَمَّدٌ فِي كِتَابِ السِّيَرِ الْكَبِيرِ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ «**مَنْ زَنَى وسَرَقَ فِي دَارِ الْحَرْبِ وَأَصَابَ بِهَا حَدًّا ثُمَّ هَرَبَ فَخَرَجَ علينا**(٢) فَإِنَّهُ لَا يُقَامُ الحَدّ عليه»(٣).

ووجه التمسك بالحديث أنه عليه السلام لم يرد حقيقة عدم الإقامة حسًّا؛ لانقطاع ولاية الإمام عنها، فكان المراد من عدم الإقامة عدم وجوب الحد.

فإن قيل: الحديث معارض بقوله تعالى: ﴿فَٱجۡلِدُواْ﴾ [النور: ٢].

قلنا: خص منه مواضع الشبهة بالإجماع، فيجوز تخصيصه بخبر الواحد.

---

(١) تقدم تخريجه قريبا.

(٢) كذا في النسخ، والذي في فتح باب العناية بشرح النقاية (٦/ ١٦): (إلينا).

(٣) لم أقف عليه في كتب الحديث، وذكره مُلّا علي القاري في فتح باب العناية بشرح النقاية (٦/ ١٦).

وَلِأَنَّ المَقصُودَ هُوَ الانزِجَارُ، وَوِلَايَةُ الإِمَامِ مُنقَطِعَةٌ فِيهِمَا فَيُعَرَّى الوُجُوبُ عَن الفَائِدَةِ، وَلَا تُقَامُ بَعدَ مَا خَرَجَ لِأَنَّهَا لَم تَنعَقِد مُوجِبَة فَلَا تَنقَلِبُ مُوجِبَة.

(وَلَو غَزَا مَن لَهُ وِلَايَةُ الإِقَامَةِ بِنَفسِهِ كَالخَلِيفَةِ وَأَمِيرِ مِصر، يُقِيمُ الحَدَّ عَلَى مَن زَنَى فِي مُعَسكَرِهِ) لِأَنَّهُ تَحتَ يَدِهِ، بِخِلَافِ أَمِيرِ العَسكَرِ وَالسَّرِيَّةِ، لِأَنَّهُ لَم تُفَوَّض إِلَيهِمَا الإِقَامَةُ.

(وَإِذَا دَخَلَ حَربِيٌّ دَارَنَا بِأَمَان فَزَنَى بِذِمِّيَّة، أَو زَنَى ذِمِّيٌّ بِحَربِيَّة، يُحَدُّ الذِّمِّيُّ وَالذِّمِّيَّةُ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَلَا يُحَدُّ الحَربِيُّ وَالحَربِيَّةُ وَهُوَ قَولُ مُحَمَّد فِي الذِّمِّيِّ) يَعنِي: إِذَا زَنَى بِحَربِيَّة، فَأَمَّا إِذَا زَنَى الحَربِيُّ بِذِمِّيَّة لَا يُحَدَّانِ عِندَ مُحَمَّد ﷺ، وَهُوَ قَولُ أَبِي يُوسُفَ ﷺ أَوَّلًا (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يُحَدُّونَ كُلُّهُم)(*) وَهُوَ قَولُهُ الآخَرُ.

قوله: (ولأن المقصود هو الانزجار).

وفي المبسوط: إن وجوب الحد لم يرد بعينه للاستيفاء؛ إذ المقصود هو الانزجار، وذا لا يحصل بنفس الوجوب بل بالاستيفاء، ولا يمكن استيفاؤه ثَمَّ؛ لعدم ولاية الإمام، فامتنع الوجوب؛ لعدم فائدته، وهو الاستيفاء، وإذا لم ينعقد الزنا في دار الحرب موجبًا للحد لا ينقلب موجبًا بعد الخروج إلينا.

وهو معنى قول المصنف: **(لأنها)** أي: الزنا، على تأويل الفاحشة **(لم تنعقد موجبة...)** إلى آخره.

قوله: (في معسكره) قيد به؛ لأنه لو دخل دار الحرب وخرج من العسكر وزنى لا يقام عليه الحد. ذكره في المحيط[1]

قوله: (يُحَدُّ الذِّمِّيُّ وَالذِّمِّيَّةُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) وبه قال الشافعي وأحمد، وعند مالك: لا يحد الذمي ولا الذمية، ولا يحد الحربي والحربية، وقال الشافعي: يحد.

قوله: (يُحَدُّونَ كُلُّهُمْ) وبه قال الشافعي وزفر.

وفي الكافي[2]: والخلاف في موضعين:

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) ينظر: النهر الفائق شرح كنز الدقائق لعمر بن إبراهيم ابن نجيم الحنفي (٣/ ١٤١).

(٢) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الحقائق للفخر الزيلعي (٣/ ١٨٢).

لِأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: أَنَّ المُستَأمَنَ التَزَمَ أَحكَامَنَا مُدَّةَ مُقَامِهِ فِي دَارِنَا فِي المُعَامَلَاتِ، كَمَا أَنَّ الذِّمِّيَّ التَزَمَهَا مُدَّةَ عُمُرِهِ، وَلِهَذَا يُحَدُّ حَدَّ القَذفِ وَيُقتَلُ قِصَاصًا، بِخِلَافِ حَدِّ الشُّربِ، لِأَنَّهُ يَعتَقِدُ إِبَاحَتَهُ. وَلَهُمَا: أَنَّهُ مَا دَخَلَ لِلقَرَارِ، بَل لِحَاجَة كَالتِّجَارَةِ وَنَحوِهَا، فَلَم يَصِر مِن أَهلِ دَارِنَا، وَلِهَذَا يُمَكَّنُ مِن الرُّجُوعِ إِلَى دَارِ الحَربِ وَلَا يُقتَلُ المُسلِمُ وَلَا الذِّمِّيُّ بِهِ، وَإِنَّمَا التَزَمَ مِن الحُكمِ مَا يَرجِعُ إِلَى تَحصِيلِ مَقصُودِهِ وَهُوَ حُقُوقُ العِبَادِ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا طَمِعَ فِي الإِنصَافِ يَلتَزِم الِانتِصَافَ، وَالقِصَاصُ وَحَدُّ

أحدهما: أن الحربي المستأمن أو الحربية المستأمنة إذا زَنَيَا لم يُحَدَّا عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف حُدَّا.

والثاني: أن التمكين من المستأمنة يوجب الحد عليها عند أبي حنيفة، وبه قال الشافعي وزفر وأحمد، ومحمد لا يوجب، فأبو يوسف يقول: إن كل الحدود تقام على المستأمن والمستأمنة في دارنا إلا حد الشرب، كما يقام على الذمي والذمية؛ لأن المستأمن يعتقد حرمة الزنا؛ لأنه حرام في كل الأديان.

وقد قَدَرَ الإمام على إقامة الحد لكونه في دارنا والتزم أحكامنا فيما يرجع إلى المعاملات والسياسات مدةَ مُقامه فينا، كالذمي التزمها مدة حياته، ألا ترى أنه يقام عليه القصاص وحد القذف، ويمنع من الزنا وشراء العبد المسلم والمصحف، ويجبر على بيعهما بعد الشراء كما يجبر الذمي، بخلاف حد الشرب، فإنه لا يقام على الذمي أيضًا؛ لاعتقادهما إباحته، وإنما أعطيناهما الأمان على أن نتركهما وديانتهما.

قوله: (لَهُمَا أَنَّهُ مَا دَخَلَ لِلْقَرَارِ...) إلى آخره.

بيانه أن الإقامة تبنى على الولاية، والولاية تبنى على الالتزام؛ إذ لو ألزمنا عليه حكمًا بلا التزامه؛ لأدى إلى تنفيره من دارنا ليرى محاسن الإسلام فيسلم.

وهو بالأمان التزم حقوق العباد **(الإنصاف)** أي: العدل لأجله على غيره **(والانتصاف)** أي: يقبل العدل لغيره عليه؛ لأن الغرم بإزاء الغنم، ألا يؤذِي ولايُؤذَى، فيلزم عليه بالتزامه.

وأما حقوق الله تعالى فلم يلتزمها؛ لأنه إنما دخل دارنا ليقضي حوائجه،

القَذفِ مِن حُقُوقِهِم، أَمَّا حَدُّ الزِّنَا فَمَحضُ حَقِّ الشَّرعِ. وَلِمُحَمَّد ﷺ وَهُوَ الفَرقُ. أَنَّ الأَصلَ فِي بَابِ الزِّنَا فِعلُ الرَّجُلِ وَالمَرأَةِ تَابِعَةٌ لَهُ عَلَى مَا نَذكُرُهُ إن شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى. فَامتِنَاعُ الحَدِّ فِي حَقِّ الأَصلِ يُوجِبُ امتِنَاعَهُ فِي حَقِّ التَّبَعِ، أَمَّا الِامتِنَاعُ فِي حَقِّ التَّبَعِ لَا يُوجِبُ الِامتِنَاعَ فِي حَقِّ الأَصلِ. نَظِيرُهُ: إِذَا زَنَى البَالِغُ بِصَبِيَّة أَو مَجنُونَة، وَتَمكِينُ البَالِغَةِ مِن الصَّبِيِّ وَالمَجنُونِ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ ﷺ فِيهِ: أَنَّ فِعلَ

فيعامل معه ويعاملنا، فيكون ملتزمًا ما يتصل بالمعاملة من حقوق العباد لا غير، ألا ترى أنه لا تضرب عليه الجزية، ولا يقتل المسلم والذمي به، ولا يمنع من الرجوع إلى دار الحرب.

وإذا لم يكن ملتزمًا شيئًا من حقوق الله تعالى صار الأمان وعدمه سواء، ولو عدم الأمان لم يقم عليه شيء من الحدود، كذا هنا بخلاف الذمي؛ لأنه بالذمة صار آمنا دارًا، فالتحق بنا في أحكام الدنيا كلها، وفارقنا في أحكام الآخرة.

أما القصاص فحق العبد، وحد القذف فيه حق العبد أيضًا، والمنع من شراء العبد المسلم والمصحف والجبر على بيعهما من حقوق العباد، بخلاف حق الزنا، فإنه خالص حق الله تعالى، فلا يلزمه، ولا يقال: إنه يمنع من الربا وهو حق الشرع؛ [٥٧٥/ب] لأن الربا استثني من كل عهد، قال عليه السلام: «**إلا مَنْ أَرْبَى فليس بيننا [وبينه] عهدٌ**»(١) إليه أشير في المبسوط(٢).

قوله: (عَلَى مَا نَذْكُرُهُ) أي: في مسألة زنًا صحيح بمجنونة أو صغيرة، فمحمد يقول: فعل الرجل أصل، وفعلها تبع؛ لأنه الفاعل وهي محل الفعل، والمَحالُّ في حكم الشروط، فامتناع الحد في حق الأصل يوجب امتناعه في حق التبع؛ لأن الحد إنما يجب عليها بالتمكين من فعل موجب للحد، فلا تحد، وأما الامتناع في حق التبع لا يوجب امتناعه في حق الأصل.

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٣/ ٢٠٣): غريب.
وبنحوه أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٧/ ٤٢٦ رقم ٣٧٠١٥) عن الشعبي، قال: كتب رسول الله ﷺ إلى أهل نجران وهم نصارى: «أن من بايع منكم بالربا فلا ذمة له» وهو مرسل.
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٩/ ٥٦).

الحَرِبِيِّ المُستَأمَنِ زِنا لِأَنَّهُ مُخَاطَبٌ بِالحُرُمَاتِ عَلَى مَا هُوَ الصَّحِيحُ، وَإِن لَم يَكُن مُخَاطَبًا بِالشَّرَائِعِ عَلَى أَصلِنَا وَالتَّمكِينُ مِن فِعل هُوَ زِنا مُوجِبٌ لِلحَدِّ عَلَيهَا، بِخِلَافِ الصَّبِيِّ وَالمَجنُونِ لِأَنَّهُمَا لَا يُخَاطَبَانِ، وَنَظِيرُ هَذَا الِاختِلَافِ إِذَا زَنَى المُكرَهُ بِالمُطَاوِعَةِ تُحَدُّ المُطَاوِعَةُ عِندَهُ، وَعِندَ مُحَمَّد رَحمَةُ اللَّهِ تَعَالَى عَلَيهِ لَا تُحَدُّ.

قَالَ: (وَإِذَا زَنَى الصَّبِيُّ أَو المَجنُونُ بِامرَأَة طَاوَعَتهُ، فَلَا حَدَّ عَلَيهِ وَلَا عَلَيهَا).

نظيره: زنى بالغ عاقل بصبية مراهقة أو مجنونة، فإنه يحد البالغ لكونه أصلًا، ولو زنا صبي مراهق أو مجنون ببالغة عاقلة فإنها لا تحد؛ لكونها تابعة، فوقع الفرق لمحمد بين الذمي والذمية.

وقال الشافعي ومالك وأحمد: عليها الحد؛ لأنها مخاطبة زنت، كما يجيء، ولأبي حنيفة أن التمكين من الزنا قد وجد؛ لأن فعل المستأمن زنًا حقيقةً.

(لأنه) أي: الحربي **(مخاطب بالحرمات)** كحرمة الكفر والزنا، وإن لم يكن مخاطبًا بأداء ما يحتمل السقوط من العبادات.

وقوله: (هو الصحيح) احتراز عن قول بعض مشايخنا العراقيين، فإنهم قالوا بوجوب الأداء في الشرائع.

وعند مشايخ ديارنا: لا يخاطبون بأداء ما يحتمل السقوط من العبادات. ذكره في أصول شمس الأئمة.

وقوله: (على أصلنا) إشارة إلى قول مشايخ ديارنا: وإذا وجد التمكين من فعل الزنا، وهو موجب للحد، وإنما لم يقم الحد على الحربي؛ لفقد شرط الولاية، وهو الالتزام، لا الخلل في فعله، فصار كأنه زنا وعاب بحذاء المرأة، والمرأة تابعة في نفس الفعل دون حكم الفعل.

ألا ترى أن الرجل إذا لم يكن محصنًا والمرأة محصنة يحد الرجل وترجم المرأة، ولا يصير ذلك شبهة في حقها، بخلاف الصبي والمجنون فإنهما لا يخاطبان، فلم يكن فعلهما زنا.

ونظيره: زنا المكرهِ مطاوعةً حُدَّتْ عند أبي حنيفة، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد، وعند محمد: لا تحد.

وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ تَعَالَى: يَجِبُ الحَدُّ عَلَيهَا، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَن أَبِي يُوسُفَ رَحمَةُ اللَّهِ تَعَالَى عَلَيهِ (وَإِن زَنَى صَحِيحٌ بِمَجنُونَة أَو صَغِيرَة يُجَامَعُ مِثلُهَا حُدَّ الرَّجُلُ خَاصَّة) وَهَذَا بِالإِجمَاعِ. لَهُمَا: أَنَّ العُذرَ مِن جَانِبِهَا لَا يُوجِبُ سُقُوطَ الحَدِّ مِن جَانِبِهِ فَكَذَا العُذرُ مِن جَانِبِهِ، وَهَذَا لِأَنَّ كُلًّا مِنهُمَا مُؤَاخَذٌ بِفِعلِهِ.

وَلَنَا: أَنَّ فِعلَ الزِّنَا يَتَحَقَّقُ مِنهُ، وَإِنَّمَا هِيَ مَحَلُّ الفِعلِ وَلِهَذَا يُسَمَّى هُوَ وَاطِئًا وَزَانِيًا وَالمَرأَةُ مَوطُوءَة وَمَزنِيًّا بِهَا، إِلَّا أَنَّهَا سُمِّيَت زَانِيَة مَجَازًا تَسمِيَة لِلمَفعُولِ بِاسمِ

قوله: (وهو رواية) أي قول زفر والشافعي رواية **(عن أبي يوسف)** وبه قال أحمد ومالك؛ لأنها زانية حقيقة؛ لأن زناها اقتضى شهوتها بآلة، وقد وجد.

ألا ترى أنه تعالى سماها زانية وبدأ بها، و[لو][(١)] لم يتصور منها الزنا لما حد قاذفها، كالمجبوب، ثم امتناع الحد من جانها لا يوجب سقوط الحد من جانبه، فكذا امتناع الحد من جانبه لا يوجب الامتناع في جانبها؛ لأن كلًّا منهما مؤاخذ بفعله لا بفعل صاحبه.

قوله: (ولنا أن فعل الزنا يتحقق منه) أي: من الرجل حقيقة؛ لأنه اسم لوطء حرام، وهو إمساس العضوِ العضوَ، وهو منه حقيقة، وإنما هي محله.

وقوله: (ولهذا يسمى) إلى آخره، توضيح لكون الفعل حقيقة من الرجل **(وسميت زانية مجازًا)** تسمية للمفعول باسم الفاعل، كعيشة راضية، بمعنى مرضية، في قوله تعالى: ﴿عِيشَةٍ رَّاضِيَةٍ﴾ [الحاقة:٢١] و﴿مَّآءٍ دَافِقٍ﴾ [الطارق:٦] بمعنى مدفوق، وإذا كان ذلك كان فعلها تبعًا لفعله، وفعل الصبي والمجنون ليس بزنًا؛ لأن الزنا شرعًا فعل من هو مخاطب بالكف عنه آثم بفعله، وفعلهما ليس كذلك، فإذا عدم الزنا في جانبه، فكذا في جانبها، فلا يجب عليها الحد.

فإن قيل: لما لم يجب الحد على الصبي والمجنون ينبغي أن يجب عليهما العقر؛ لأن الوطء في غير الملك لا يخلو عن أحد الأمرين: إما العقر وهو الحد، والعقر وهو مهر المثل، ولهذا لو زنا الصبي بصبية أو مكرهة يجب عليه المهر، وهاهنا لم يجب. ذكره في الذخيرة[(٢)] فما الفرق؟.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٢) ينظر: البناية في شرح الهداية للعيني (٦/ ٣١٨).

الفَاعِلِ كَالرَّاضِيَةِ فِي مَعنَى المَرضِيَّةِ، أَو لِكَونِهَا مُسَبِّبَة بِالتَّمكِينِ فَتَعَلَّقَ الحَدُّ فِي حَقِّهَا بِالتَّمكِينِ مِن قَبِيحِ الزِّنَا، وَهُوَ فِعلُ مَن هُوَ مُخَاطَبٌ بِالكَفِّ عَنهُ وَمُؤتَمٌّ عَلَى مُبَاشَرَتِهِ، وَفِعلُ الصَّبِيِّ لَيسَ بِهَذِهِ الصِّفَةِ فَلَا يُنَاطُ بِهِ الحَدُّ.

قَالَ: (وَمَن أَكرَهَهُ السُّلطَانُ حَتَّى زَنَى فَلَا حَدَّ عَلَيهِ) وَكَانَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ يَقُولُ أَوَّلًا: يُحَدُّ، وَهُوَ قَولُ زُفَرَ، لِأَنَّ الزِّنَا مِن الرَّجُلِ لَا يُتَصَوَّرُ إِلَّا بَعدَ انتِشَارِ الآلَةِ وَذَلِكَ دَلِيلُ الطَّوَاعِيَةِ. ثُمَّ رَجَعَ عَنهُ فَقَالَ: لَا حَدَّ عَلَيهِ، لِأَنَّ سَبَبَهُ المُلجِئَ قَائِمٌ ظَاهِرًا، وَالِانتِشَارُ دَلِيلٌ مُتَرَدِّدٌ، لِأَنَّهُ قَد يَكُونُ غَيرَ قَصد، لِأَنَّ الِانتِشَارَ قَد يَكُونُ طَبعًا لَا طَوعًا كَمَا فِي النَّائِمِ فَأَورَثَ شُبهَة، (وَإِن أَكرَهَهُ غَيرُ السُّلطَانِ حُدَّ عِندَ أَبِي

قلنا: لا فائدة في إيجاب المهر عليه؛ لأنه لو أوجبنا عليه لرجع ولي الصبي على المرأة؛ لأنها لما طاوعته صارت آمرة له بالزنا معها، وقد لحق الصبيَّ غُرْمٌ بذلك الأمر، وصح الأمر منها لولايتها على نفسها، فلا يفيد الإيجاب.

أما لو كانت مكرهة أو صبية لا رجوع لولي الصبي عليها بمثل ذلك؛ لعدم صحة أمرها؛ لعدم ولايتها، وفي المكرهة عدم الأمر أصلًا، فكان الإيجاب مفيدًا. إليه أشار في الذخيرة.

قوله: (**ومن أكرهه السلطان...**) إلى آخره؛ لأن انتشار الآلة دليل الطواعية والاختيار، فاقترن بالإكراه ما ينافيه، فانتفى الإكراه، بخلاف المرأة إذا أكرهت على الزنا لا تحد؛ لأن التمكين يتحقق منها مع الإكراه فلا يكون تمكينها دليل الطوع والاختيار، وبقول زفر قال أحمد والشافعي في قول.

(**ثم رجع**) أي: أبو حنيفة (**وقال: لا يحد**) وبه قال الشافعي في قول، وأبو يوسف ومحمد؛ لأن الحد شرع للزجر، [٥٧٦/أ] وهو منزجر.

وإنما أقدم عليه ليدفع الهلاك عن نفسه، فلا يحد، كالمرأة المكرهة، وانتشار الآلة لا يدل على الطواعية؛ لأنه قد يكون طبعًا لا طوعًا، فإن النائم قد تنتشر آلته لفرط فحوليته وإن لم يكن له قصد واختيار.

قوله: (**وَإِنْ أَكْرَهَهُ غَيْرُ السُّلْطَانِ حُدَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ**) وزفر وأحمد والشافعي في قول؛ لما مر في المسألة الأولى، لكن عند أبي حنيفة باعتبار أن الإكراه لا يتحقق.

حَنِيفَةَ، وَقَالَا: لَا يُحَدُّ)(*) لِأَنَّ الإِكرَاهَ عِندَهُمَا قَد يَتَحَقَّقُ مِن غَيرِ السُّلطَانِ؛ لِأَنَّ المُؤَثِّرَ خوفُ الهَلَاكِ، وَأَنَّهُ يَتَحَقَّقُ مِن غَيرِهِ. وَلَهُ: أَنَّ الإِكرَاهَ مِن غَيرِهِ لَا يَدُومُ إِلَّا نَادِرًا لِتَمَكُّنِهِ مِن الاستِعَانَةِ بِالسُّلطَانِ أَو بِجَمَاعَةِ المُسلِمِينَ، وَيُمكِنُهُ دَفعُهُ بِنَفسِهِ بِالسِّلَاحِ، وَالنَّادِرُ لَا حُكمَ لَهُ فَلَا يَسقُطُ بِهِ الحَدُّ، بِخِلَافِ السُّلطَانِ لِأَنَّهُ لَا يُمكِنُهُ الاستِعَانَةُ بِغَيرِهِ وَلَا الخُرُوجُ بِالسِّلَاحِ عَلَيهِ فَافتَرَقَا (وَمَن أَقَرَّ أَربَعَ مَرَّات فِي مَجَالِسَ مُختَلِفَة أَنَّهُ زَنَى بِفُلَانَةَ، وَقَالَت هِيَ: تَزَوَّجَنِي، أَو أَقَرَّت بِالزِّنَا، وَقَالَ الرَّجُلُ: تَزَوَّجتهَا، فَلَا حَدَّ عَلَيهِما وَعَلَيهِ المَهرُ فِي ذَلِكَ) لِأَنَّ دَعوَى النِّكَاحِ يَحتَمِلُ الصِّدقَ

وعندهما والشافعي وأحمد أيضًا يتحقق، ولكن باعتبار المعنى الذي ذكرنا في المسألة الأولى، ويحد عند أحمد والشافعي، وعند أبي حنيفة باعتبار عدم الإكراه.

وفي الكافي[1]: هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان، فللسلطان كان في زمانه قوة وغلبة بحيث لا يتجاسر أحد على إكراه غيره، وفي زمنهما ظهرت القوة لكل متغلب فيقضى بقولهما، ولهذا قال صاحب الهداية في الإكراه: والسلطان وغيره سيان عند تحقق القدرة على إيقاع ما توعد به.

قوله: (ومن أقر أربع مرات...) إلى آخره.

في الكافي[2]: هذه المسألة على وجهين:

أحدهما: أن يقر بالزنا بفلانة أربع مرات، وقالت فلانة: تزوجني.

أو أقرت بالزنا أربع مرات بفلان، وقال فلان: تزوجتها - لم يحد؛ لأن دعوى النكاح تحتمل الصدق، ولو علمنا صدق مدعي النكاح يثبت النكاح من الطرفين، فإذا احتمل الصدق يثبت احتمال النكاح من الطرفين، والاحتمال هنا ملحقه بالحقيقة؛ تكلفًا للدرء، فلم يجب عليهما عندنا، وقال الشافعي: يجب الحد على من أقر بالزنا، ولا يعتبر إنكار الآخر في حقه، ولا يجب على المنكر.

قوله: (وعليه المهر) أي: على الرجل في كلتا الصورتين من دعوى الرجل

(*) **الراجح: قول الصاحبين.**

(١) ينظر: البناية شرح الهداية للعيني (٦/ ٣١٩).

(٢) ينظر: البناية شرح الهداية للعيني (٦/ ٣٢٠).

وَهُوَ يَقُومُ بِالطَّرَفَينِ فَأَورَثَ شُبهَة، وَإِذَا سَقَطَ الحَدُّ وَجَبَ المَهرُ تَعظِيما لِخَطَرِ البُضعِ

ودعوى المرأة، وينبغي ألا يجب فيما إذا أقرت بالزنا؛ لأنها تنفي وجوب المهر، لكن يجب؛ لأن النكاح يقوم بالطرفين، فإذا ادعى الزوج النكاح انتفى الحد عنه في هذا الوطء، فلما سقط الحد وجب العقد لما ذكرنا، فكان وجوب المهر من ضرورة سقوط الحد من هذا الوطء، فلما كان سقوطه بلا اختيارها كان وجوب المهر عليه بلا اختيارها أيضًا.

لأن وجوبه من نتيجة السقوط، فيثبت لها المهر، أو صارت مكذبة شرعًا في حق إنكار النكاح؛ لسقوط الحد عنها بدعوى الرجل النكاحَ، ولأن المهر يجب حقًّا لله تعالى في النكاح، ولهذا يجب في المفوضة، وهاهنا لما سقط الحد عنها ثبت في حقها شبهة النكاح، فلا ينتفي المهر بانتفائها، كما في حقيقة النكاح.

ولو أقر الرجل بالزنا بفلانة، وهي أنكرت وقالت: لا أعرفه، أو أقرت هي بالزنا أربع مرات بفلان فقال: لا أعرفها، وأنكر الزنا - لا يحد المقر عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي وأحمد: يحد المقر؛ لأن الإقرار حجة في حق المقر، وعدم ثبوت الزنا في حق المنكر لا يورث شبهة العدم في حق المقر، كما لو كانت غائبة.

ولأبي حنيفة أن الزنا انتفى في حق المنكر بإنكاره، فأورثت شبهة الانتفاء في حق المقر؛ إذ الزنا يتم بهما، خلاف ما إذا كانت غائبة؛ لأن الزنا لم يثبت في حقها بدليل يوجب النفي، وهو الإنكار، حتى لو حضرت وأقرت بالزنا أربع مرات حُدَّتْ.

فإن قيل: ينبغي ألا يجب الحد على الرجل في هذه الصورة عندهما في صورة دعوى النكاح؛ لأن الحد لما سقط بإنكار وصف الفعل، وهو الزنا، فبإنكار أصل الفعل أولى.

قلنا: خصا تلك المسألة بوجوب الحد على الرجل بحديث سهل بن سعد، فإنه روى أن رجلًا أقر بالزنا بامرأة، فأنكرت، «**فَحَدَّهُ رسولُ الله ﷺ**». رواه أبو

(وَمَن زَنَى بِجَارِيَة فَقَتَلَهَا فَإِنَّهُ يُحَدُّ وَعَلَيهِ القِيمَةُ) مَعنَاهُ: قَتَلَهَا بِفِعلِ الزِّنَا، لِأَنَّهُ جَنَى جِنَايَتَينِ، فَيُوَفِّرُ عَلَى كُلِّ وَاحِد مِنهُمَا حُكمَهُ. وَعَن أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ: أَنَّهُ لَا يُحَدُّ(*)، لِأَنَّ تَقَرُّرَ ضَمَانِ القِيمَةِ سَبَبٌ لِملكِ الأَمَةِ، فَصَارَ كَمَا إِذَا اشتَرَاهَا بَعدَ مَا زَنَى بِهَا

داود[١]. ذكر هذا الجواب في المبسوط[٢].

قوله: (وَمَنْ زَنَى بِجَارِيَةٍ) إلى آخره، وإنما المسألة في الجارية وإن كان الحكم، وهو وجوب الحد مع الضمان، لا يتفاوت بين الحرة والأمة، فإنه لو فعل هكذا مع الحرة يجب الحد والدية؛ لما أن الشبهة في عدم وجوب الحد عند أداء الضمان إنما ترد في حق الأمة لا في حق الحرة؛ لأن الحرة لا تصير ملكًا للزاني عند أداء الدية، والأمة تصير؛ كيلا يجتمع البدل والمبدل في ملك رجل واحد.

قوله: (فَيتوَفَّرُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا) أي: من الجنايتين (**حكمه**) أي: الحد بالزنا والقيمة بالقتل، كما لو زنى بها ثم حز رقبتها، أو زنى بها ثم ملكها بالفداء، بأن زنا بأمة جنت عليه، فدفعت إليه بالجناية، أو ملكها بالشراء أو النكاح، فإنه يحد، فكذا هنا، وبه قال الشافعي وأحمد.

وعن أبي يوسف: لا يحد في الوجوه كلها؛ لأن تقدير ضمان القيمة عليه بقتله إياها، والزنا سبب لملكه إياها؛ إذ المضمونات تملك عند أداء الضمان مستندًا إلى [٥٧٦/ب][٣] وقت وجود سبب الضمان.

وكذا الجناية الصادرة منها سبب لوجوب الدفع، وبعد الدفع يثبت الملك مستندًا إلى وقت الجناية؛ لأنها السبب، وكذا إذا ملكها بالشراء أو النكاح؛ لأن اعتراض سبب الملك قبل إقامة الحد يسقط الحد، كما لو ملك المسروق قبل القطع.

(*) **الراجح: قول أبي حنيفة ومحمد.**

(١) أخرجه أبو داود (٤/ ١٥٩ رقم ٤٤٦٦) من سهل بن سعد رضي الله عنه في سنده مسلم بن خالد الزنجي قال البخاري: منكر الحديث قال الذهبي في تنقيح التحقيق (٢/ ٢٤٨): وشيخه؛ عباد بن إسحاق لَيِّن.

(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٩/ ٩٨).

(٣) حدث اضطراب في ترقيم الصفحات فجاء هذا الوجه بعد الورقة رقم [٥٧٧/أ].

وَهُوَ عَلَى هَذَا الِاخْتِلَافِ، وَاعتِرَاضُ سَبَبِ المِلكِ قَبلَ إِقَامَةِ الحَدِّ يُوجِبُ سُقُوطَهُ، كَمَا إِذَا مَلَكَ المَسرُوقَ قَبلَ القَطعِ. وَلَهُمَا: أَنَّهُ ضَمَانُ قَتل فَلَا يُوجِبُ المِلكَ، لِأَنَّهُ

قوله: (ولهما أنه) أي: هذا الضمان (ضمان قتل) ولهذا يجب على العاقلة في ثلاث سنين، ولا يجب بالغة ما بلغت، لكنها في مقدار الدية على العاقلة، يعنى الاستناد يظهر في القائم لا في المتلاشي، والمستوفَى بالوطء قد تلاشى، فلا يظهر الاستناد في حقه، وإنما يظهر في عينه، كما في هبة المسروق.

ولأن الضمان فيما نحن فيه ضمان قتل فلا يوجب الملك في المقتول؛ لأن تقرره بعد الموت، وهي ليست بمحل للملك بعد الموت.

ولأن هذا الضمان ليس بضمان مال، وإنما هو ضمان دم، والدم ليس بمال، وضمان ما ليس بمال لا يفيد الملك في المضمون، ولأن ضمان الدم بمقابلة الآدمية، وهي لا تقبل التملك، بخلاف ما لو ادعت عتقها بالزنى، فإنه يجب عليه قيمتها ويسقط الحد؛ لأن الملك يثبت في الجثة العمياء بضمان القيمة، فأورث شبهة دارئة للحد؛ إذ العين باقية، فأمكن إبقاء المنافع تبعًا لها، بخلاف ما إذا هلكت.

وعن الإمام ركن الدين الإفشنجي: سلمنا أن الضمان يوجب التملك في العين المستهلك، ثم شبهة شبهة الملك في المنافع، ولا معتبر بشبهة الشبهة، أما في الجثة العمياء المحل قابل للتملك، فتثبت حقيقة الملك في الذات، والملك في الذات علة لملك الصفات، فتثبت الشبهة في المنافع المستوفاة، وهي معتبرة دون شبهة الشبهة.

فإن قيل: يجب ألا يحد فيما نحن فيه وإن لم يملك المقتول؛ لأن بعض القيمة يصير بإزاء منافع البضع التي يجب الحد لأجله، فيجب ألا يحد؛ كيلا تجب ضمانات بإزاء مضمون واحد.

قلنا: ابتداء الفعل، وهو الإيلاج من حيث إنه غير موضوع للقتل بمنزلة جراحة اتصل بها البرء، وبقي لها أثر حتى ضمن، ثم جرح أخرى ومات منها، فإنه يضمن تمام القيمة، ولا يحصل شيء من تمام القيمة بإزاء الجرح الأول، فكذا هاهنا. كذا في مبسوط شيخ الإسلام.

ضَمَانُ دَم، وَلَو كَانَ يُوجِبُهُ فَإِنَّمَا يُوجِبُهُ فِي العَينِ كَمَا فِي هِبَةِ المَسرُوقِ، لَا فِي مَنَافِعِ البُضعِ، لِأَنَّهَا أُستُوفِيَت وَالمِلكُ يَثبُتُ مُستَنِدًا فَلَا يَظهَرُ فِي المُستَوفَى لِكَونِهَا مَعدُومَة، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا زَنَى بِهَا فَأَذهَبَ عَينَهَا حَيثُ تَجِبُ عَلَيهِ قِيمَتُهَا،

فإن قيل: لو لم يثبت عدم وجوب الحد من هذا الوجه، وهو ثبوت الملك، يثبت من وجه آخر، وهو أنه لما قتلها صار الزنا آلة القتل فصار قتلًا، كما في قطع اليد لما سرى إلى النفس صار القطع قتلًا، حتى يجري القصاص بين الرجل والمرأة في القطع الذي صار قتلًا، وإن لم يجر القصاص بينهما في الأطراف، فكذا هاهنا لما صار قتلًا، فصار كأنه قتلها ابتداء، وفي القتل لا يجب الحد.

قلنا: الوطء غير موضوع للقتل، وقد وجد في المحل الخالي عن الملك وشبهته، فكان زنًا لا ينقلب قتلًا باتصال الموت به، بخلاف القطع فإنه سبب للموت؛ لكونه جرحًا، فإذا اتصل به الموت صار قتلًا من الابتداء؛ لكونه علة العلة، كما في الرمي كان قتلًا من وقت الرمي إذا اتصل به الموت وإن تخللت الوسائط؛ لكونه موضوعًا للقتل، بخلاف [الزنا][1] فإنه غير موضوع للجرح والقتل، فلم يصر قتلًا من الابتداء؛ لعدم صلاحية الإضافة إليه وإن صار سببًا هاهنا باتفاق الحال.

وفي الفوائد الظهيرية[2]: لو غصبها ثم زنى بها ضمن قيمتها فلا حد عليه عندهم جميعًا، خلافًا للشافعي، أما لو زنى بها ثم غصبها وضمن قيمتها لم يسقط على هذا الخلاف.

وفي جامع قاضي خان[3]: ولو زنى بحرة ثم نكحها لا يسقط الحد بالاتفاق.

قوله: (لكونها) أي: لكون المستوفي، على تأويل المنافع.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) ينظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم (٥/ ٢١).
(٣) ينظر: البحر الرائق شرح كنز الحقائق لابن نجيم (٥/ ١٣).

وَيَسقُطُ الحَدُّ، لِأَنَّ المِلكَ هُنَالِكَ يَثبُتُ فِي الجُثَّةِ العَمياءِ وَهِيَ عَينٌ فَأَورَثَ شُبهَة.

قَالَ: (وَكُلُّ شَيء صَنَعَهُ الإِمَامُ الَّذِي لَيسَ فَوقَهُ إِمَامٌ: فَلَا حَدَّ عَلَيهِ إِلَّا القِصَاصُ، فَإِنَّهُ يُؤخَذُ بِهِ وَبِالأَموَالِ) لِأَنَّ الحُدُودَ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى وَإِقَامَتُهَا إِلَيهِ لَا إِلَى غَيرِهِ وَلَا يُمكِنُهُ أَن يُقِيمَ عَلَى نَفسِهِ لِأَنَّهُ لَا يُفِيدُ، بِخِلَافِ حُقُوقِ العِبَادِ، لِأَنَّهُ يَستَوفِيهِ وَلِيُّ الحَقِّ إِمَّا بِتَمكِينِهِ أَو بِالِاستِعَانَةِ بِمَنَعَةِ المُسلِمِينَ وَالقِصَاصُ وَالأَموَالُ مِنهَا.

وَأَمَّا حَدُّ القَذفِ قَالُوا المُغَلَّبُ فِيهِ حَقُّ الشَّرعِ فَحُكمُهُ حُكمُ سَائِرِ الحُدُودِ الَّتِي هِيَ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى، وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعلَمُ بِالصَّوَابِ.

بَابُ الشَّهَادَةِ عَلَى الزِّنَا وَالرُّجُوعِ عَنهَا

قال: (وَإِذَا شَهِدَ الشُّهُودُ بِحَدٍّ مُتَقَادِمٍ لَم يَمنَعهُم عَن إِقَامَتِهِ بُعدُهُم عَن الإِمَامِ،

قوله: (وإقامتها) أي: إقامة الحدود (إليه) أي: إلى الإمام، قال عليه السلام: «**أربَعةٌ إلى الوُلاةِ مِنها إقامةُ الحُدودِ**»[1] (ولا يمكنه) أي: للإمام (أن) أي: الحد (على نفسه) لأنه لا يقع مؤلمًا، فلا يقع زاجرًا، والمقصود من الحد الزجر، فلا بد أن يكون الزاجر غير المزجور.

وكذا لو أمر غيره لا يقع مؤلمًا؛ مهابةً منه، ولأن فعل المأمور كفعل الآمر، ولو فعل بنفسه لا يحصل زاجرًا، فكذا فعل المأمور، فانعدمت الإقامة، فإذا انعدم الاستيفاء لعدم المُستوفِي لا يجب الحد، كما إذا زنى في دار الحرب.

بخلاف حقوق العباد، كالقصاص وضمان المتلفات؛ لأن حق الاستيفاء لمن له الحق، فيكون الإمام فيه كغيره، وبهذا يعلم أنه يجوز استيفاء القصاص بدون قضاء القاضي، والقضاء لتمكن الولي من استيفائه لا أنه شرط.

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

أخَّر الشهادة عن الإقرار؛ [٥٧٨/أ] لقلة ثبوت الزنا وندرته بالشهادة، حتى لم ينقل من السلف ثبوت الزنا عند الإمام بالشهادة.

قوله: (**لم يمنعهم عن إقامته بعدهم عن الإمام**) من صور المسألة لا من حكمها.

---

(١) تقدم تخريجه قريبا.

لَم تُقبَل شَهَادَتُهُم إلَّا فِي حَدِّ القَذفِ خَاصَّة) وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: (وَإِذَا شَهِدَ عَلَيهِ الشُّهُودُ بِسَرِقَة أَو بِشُربِ خَمر أَو بِزِنا بَعدَ حِين لَم يُؤخَذ بِهِ، وَضَمِنَ السَّرِقَةَ) وَالأَصلُ فِيهِ: أَنَّ الحُدُودَ الخَالِصَةَ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى تَبطُلُ بِالتَّقَادُمِ، خِلَافا لِلشَّافِعِيِّ رحمه الله، هُوَ يَعتَبِرُهَا بِحُقُوقِ العِبَادِ وَبِالإِقرَارِ الَّذِي هُوَ إحدَى الحُجَّتَينِ.

وفي الإيضاح: ولو كانوا بعيدًا عن الإمام فمنعهم عن الأداء بعدهم وقت المباشرة، ثم شهدوا بقتل وإن تقادم الزمان.

وإنما أعاد لفظ الجامع في الكتاب لزيادة إيضاح في لفظه، وهو تعديد ما يوجب الحد صريحًا، وزيادة لفظ (**الحين**) الذي استفاد منه بعض المشايخ قدر ستة أشهر في التقادم، وزيادة إثبات الضمان في السرقة.

قوله: (خلافًا للشافعي) وبقوله قال مالك وأحمد، وعن أحمد مثل قولنا.

وقال زفر: التقادم يمنع الإقرار بالحدود اعتبارًا بحجة الإقرار بحجة البينة، فإن الشهود كما ندبوا إلى الستر فالمرتكب للفاحشة مندوب.

قال عليه السلام: «**مَنْ أصابَ شيئًا مِن هَذهِ القاذوراتِ فلْيسْتَتِر بسِترِ اللهِ**»[1] ولكنا نستدل بآخر الحديث حيث قال: «**ومَن أبدَى صفحَتَه أقمنا علَيهِ حَدَّ اللهِ تَعالَى**»[2] وهذا قد أبدى صفحته بإقراره وإن تقادم العهد.

(**هو**) أي: الشافعي (**يعتبرها**) أي: هذه الشهادة بالشهادة في حقوق العباد، ويقول: إنما صارت الشهادة حجة باعتبار وصف الصدق، وذلك بشرائطها، وبتقادم العهد لا يخل الصدق، فلا يخرج عن الحجة، كالإقرار في حقوق العباد.

---

(١) أخرجه الحاكم (٤/ ٤٢٥، رقم ٨١٥٨)، والبيهقي (٨/ ٣٣٠، رقم ١٧٣٧٩).
قال المناوي في فيض القدير (١/ ١٥٥): قال الحاكم: على شرطهما، وتعقبه الذهبي فقال: غريب جدًّا، لكنه فى المهذب قال: إسناده جيد، وصححه ابن السكن وذكره الدارقطني في العلل وصحح إرساله.
ومن غريب الحديث: القاذورات: مفردها: قاذورة: وهى كل قول أو فعل يستفحش أو يستقبح، والمراد بها هنا فاحشة الزنا.

(٢) أخرجه الحاكم (٤/ ٢٧٢ رقم ٧٦١٥) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما وصححه على شرط البخاري وأقره الذهبي.

وَلَنَا: أَنَّ الشَّاهِدَ مُخَيَّرٌ ....

ولنا ما روي عن عمر رضي الله عنه قال: أيُّما قوم شهدوا على أحد لم يشهدوا عند حضرته فإنما هم شهود ضغن لا شهادة لهم.

فإن قيل: إنما قال ذلك؛ لأنه شهادة على شهادة، ويحتمل قوله: لم يشهدوا عند حضرته، أي: لم يكونوا حاضرين عند الزنا.

قلنا: علل عمر رضي الله عنه لذلك؛ لأنهم شهود ضغن، ولهذا يبطل ما قيل من المعنى، إذ لو كان كذلك لقال: إنه الشهادة على الشهادة، كذا قيل.

والمعنى أن الشاهد متى عاين الزنا ونحوه فهو مخير بين حسبتين: حسبة أداء الشهادة؛ ليقام الحد فيحصل الانزجار، قال تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا۟ ٱلشَّهَـٰدَةَ لِلَّهِ﴾ [الطلاق:٢] وحسبة الستر على المسلم بالامتناع عن الشهادة، فإن الشرع ندبنا إلى الستر، قال تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يُحِبُّونَ أَن تَشِيعَ ٱلْفَـٰحِشَةُ فِى ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ [النور:١٩] وقال عليه السلام: «**مَن سَترَ علَى أخيهِ عورةً سترَ اللهُ علَيهِ عَوراتِهِ يومَ القيامَةِ**»(١).

فتأخرهم لا يخلو إما أن كان للستر مع إمكان الأداء أو لا للستر، فإن كان للستر فالإقدام بعد ذلك لضغنة أو لعداوة فيهم، فيتهم فيها، ولا شهادة للمتهم، قال عليه السلام: «**لا تُقْبَلُ شهادةُ خصمٍ ولا ظِنِّينٍ**»(٢) والمراد بالظنين: المتهم.

وإن كان التأخير لا للستر صاروا فَسَقَةً آثمين؛ لأن أداء الشهادة واجب، وتأخير الواجب لا لغرض السفر فسق، ولهذا لو طلب المدعي الشهادة في حقوق العباد، فأخرالشاهد بلا عذر ثم أدى لا تقبل شهادة؛ لترك الأداء مع إمكانه، فتيقنًا بالمانع من القبول، فلا تقبل.

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢/ ٨٥٠ رقم ٢٥٤٦) من حديث ابن عباس رضي الله عنه قال البوصيري في مصباح الزجاجة (٣/ ١٠٤ رقم ٩٠٨): في إسناده محمد بن عثمان بن صفوان الجمحي قال فيه أبو حاتم منكر الحديث ضعيف الحديث، وقال الدارقطني: ليس بقوي، وذكره ابن حبان في الثقات، وباقي رجال الإسناد ثقات، وله شاهد من حديث أبي هريرة رواه مسلم في صحيحه وأصحاب السنن ورواه الترمذي من حديث ابن عمر.

(٢) قال ابن الملقن في البدر المنير (٩/ ٦٥٥): هذا الحديث غريب من هذا الوجه لم أقف على من خرجه. ورواه مالك في الموطأ (٢/ ٧٢٠) من قول عمر رضي الله عنه.

بَينَ حِسبَتَينِ: أَدَاءِ الشَّهَادَةِ وَالسَّترِ، فَالتَّأخِيرُ إن كَانَ لِاختِيَارِ السَّترِ، فَالإِقدَامُ عَلَى الأَدَاءِ بَعدَ ذَلِكَ لِضَغِينَة هَيَّجَتهُ أَو لِعَدَاوَة حَرَّكَتهُ فَيُتَّهَمُ فِيهَا، وَإِن كَانَ التَّأخِيرُ لَا لِلسَّترِ يَصِيرُ فَاسِقًا آثِمًا فَتَيَقَّنَّا بِالمَانِعِ، بِخِلَافِ الإِقرَارِ، لِأَنَّ الإِنسَانَ لَا يُعَادِي نَفسَهُ، فَحَدُّ الزِّنَا وَشُربِ الخَمرِ وَالسَّرِقَةِ خَالِصُ حَقِّ اللَّهِ تَعَالَى، حَتَّى يَصِحُّ الرُّجُوعُ عَنهَا بَعدَ الإِقرَارِ، فَيَكُونُ التَّقَادُمُ فِيهِ مَانِعًا، وَحَدُّ القَذفِ فِيهِ حَقُّ العَبدِ لِمَا فِيهِ مِن دَفعِ العَارِ عَنهُ، وَلِهَذَا لَا يَصِحُّ رُجُوعُهُ بَعدَ الإِقرَارِ، وَالتَّقَادُمُ غَيرُ مَانِع فِي حُقُوقِ العِبَادِ، وَلِأَنَّ الدَّعوَى فِيهِ شَرطٌ فَيُحمَلُ تَأخِيرُهُم عَلَى انعِدَامِ الدَّعوَى فَلَا يُوجِبُ تَفسِيقَهُم، بِخِلَافِ حَدِّ السَّرِقَةِ، لِأَنَّ الدَّعوَى لَيسَت بِشَرط لِلحَدِّ، لِأَنَّهُ خَالِصُ حَقِّ

قوله: (بين حِسْبَتَيْنِ) أي: أجرين مطلوبين، يقال: احتسب لكذا أجرًا، والاسم بالكسر، وهي الأجر، والجمع: الحِسَب. كذا في الصحاح.

قوله: (بخلاف حدّ السرقة).

وجه الورود أن التقادم غير مانع في حد القذف وحقوق العباد؛ لما أن الدعوى شرط، فلا يكون تأخيرهم موجبًا للفسق؛ لأنهم أخروا بعذر شرعي، وهو عدم الدعوى، وفي الحدود الخالصة: الدعوى ليست بشرط، فيكون التأخير موجبًا للتهمة والفسق كما ذكرنا.

فيشكل عليه السرقة، فإن الدعوى فيها شرط كما في حقوق العباد، ومع تمنع التقادم، فعلم أن القبول بعد التقادم في حقوق العباد لم يكن لاشتراط الدعوى.

فأجاب أولًا بالمنع بقوله: **(لأن الدعوى ليست بشرط للحد)** بدليل أن المدعى عليه بالسرقة بعد أداء الشهادة يحبس عند غيبة المدعي، لا يحبس القاذف، كما في العباد إذا شهدوا عند غيبة المدعي.

وثانيًا: أن الحكم يدار على كون الحد حقًّا لله تعالى، يعني المانع من القبول تهمة فسق بالتأخير، وذلك بالتقادم، فأقيم التقادم مقام التهمة؛ لأن معنى التهمة باطن، وأدير الحكم عليه، سواء وجدوا التقادم أو لا، كما أن علة الرخصة المشقة، والسفر أقيم مقامها، وأديرت الرخصة بالسفر من غير نظر إلى

اللَّهِ تَعَالَى عَلَى مَا مَرَّ، وَإِنَّمَا شُرِطَت لِلمَالِ، وَلِأَنَّ الحُكمَ يُدَارُ عَلَى كَونِ الحَدِّ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى فَلَا يُعتَبَرُ وُجُودُ التُّهمَةِ فِي كُلِّ فَرد، وَلِأَنَّ السَّرِقَةَ تُقَامُ عَلَى الِاستِسرَارِ عَلَى غِرَّة مِن المَالِكِ، فَيَجِبُ عَلَى الشَّاهِدِ إِعلَامُهُ، فَبِالكِتمَانِ يَصِيرُ فَاسِقًا آثِمًا، ثُمَّ التَّقَادُمُ كَمَا يَمنَعُ قَبُولَ الشَّهَادَةِ فِي الِابتِدَاءِ يَمنَعُ الإِقَامَةَ بَعدَ القَضَاءِ عِندَنَا خِلَافًا لِزُفَرَ، حَتَّى لَو هَرَبَ بَعدَ مَا ضُرِبَ بَعضَ الحَدِّ ثُمَّ أُخِذَ بَعدَ مَا تَقَادَمَ الزَّمَانُ لَا يُقَامُ عَلَيهِ الحَدُّ، لِأَنَّ الإِمضَاءَ مِن القَضَاءِ فِي بَابِ الحُدُودِ.

المشقة، فكذلك هاهنا لما أقيم صورة التقادم مقام التهمة أو الفسق في حقوق الله تعالى أثبتنا المنع من القبول بصورة التقادم وإن لم توجد التهمة أو الفسق. إليه أشار فخر الإسلام في جامعه.

وفي جامع قاضي خان(١): إنما لا تقبل في السرقة بعد التقادم لا لتهمة في الشهود؛ لأن الدعوى شرط للقبول، [٥٧٨/ ب](٢) بل لخلل في الدعوى، فإن صاحب المال كان مخيرًا في الابتداء بين دعوى السرقة ودعوى المال مطلقًا سترًا على السارق، فإذا أخر الدعوى فقد اختار الستر، فلم يبقَ له حق دعوى السرقة والحد، وبقي له حق دعوى المال، فيقضي بالمال دون القطع، كما لو شهد على السرقة رجل وامرأتان يقضى بالمال لا القطع.

قوله: (على غِرَّة) أي: غفلة أداء السرقة يكون في ظلم الليالي غالبًا، والمسروق منه لا يعرف الشاهد حتى يستشهد به، فيجب على الشاهد إعلام المسروق منه بشهادتها، فإذا كتمه صار فاسقًا فترد شهادته، بخلاف القذف، فإنه يكون في النهار غالبًا، فيعرف المقذوفُ الشاهدَ ويراه، فإذا لم يعلمه لا يصير فاسقًا.

قوله: (خلافًا لزفر) فإنه عنده يحد، وبه قال الشافعي وأحمد ومالك، وعند الأئمة الثلاثة لو شهدوا وغابوا وماتوا يجوز الحكم بشهادتهم، وعندنا لا يجوز؛ لأن التأخير بعذر هَرَبِه.

---

(١) ينظر: النهر الفائق شرح كنز الدقائق لعمر بن إبراهيم بن نجيم الحنفي (٣/ ١٤٣).

(٢) حدث اضطراب في ترقيم الصفحات فجاء هذا الوجه بعد الورقة رقم [٥٧٦/أ].

وَاختَلَفُوا فِي حَدِّ التَّقَادُمِ، وَأَشَارَ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ إِلَى سِتَّةِ أَشهُر، فَإِنَّهُ قَالَ: بَعدَ حِين، وَهَكَذَا أَشَارَ الطَّحَاوِيُّ، وَأَبُو حَنِيفَةَ: لَم يُقَدِّر فِي ذَلِكَ وَفَوَّضَهُ إِلَى رَأيِ القَاضِي فِي كُلِّ عَصر.

وقلنا: الإمضاء من القضاء في الحدود لو هرب قبل القضاء يسقط، وكذا قبل الإمضاء.

وشرحه ما ذكر في المبسوط[١] في مسألة ما إذا رجع أحد الشهود قبل القضاء قبل استيفاء الحد، فإنه يسقط الحد عن المشهود عليه، وبه قالت الأئمة الثلاثة، ويقام الحد على المشهود عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأن رجوع أحدهم بعد القضاء كرجوعه قبل القضاء، بدليل سقوط الحد عن المشهود عليه، ولا يكون ذلك إلا بعد إبطال الحكم.

وتحقيقه أن المقصود في حقوق العباد من القضاء إما إعلام من له الحق بحقه أو لتمكينه من الاستيفاء، وهذان المعنيان يحصلان بمجرد القضاء، فلم يتوقف تمامه إلى الاستيفاء، فلذلك كان الاستيفاء من تتمة القضاء.

وفي الفوائد الظهيرية: المقصود من التلفظ بلفظ القضاء إما الإعلام أو الإقرار كما ذكرنا في حقوق العباد، وفي حق الله تعالى لا حاجة إليهما؛ لعلمه وقدرته، والقاضي يستفيد العلم بالشهادة، ولا تمس الحاجة إلى التلفظ بلفظ القضاء.

ولهما؛ يجوز له الاستيفاء بدون التلفظ بلفظ القضاء، فإذا كان كذلك كان قيام الشهادة شرطًا حالة الاستيفاء كما كان شرطًا حالة القضاء إجماعًا، ولم تبقَ بالتقادم الشهادة.

قوله (فإنه) أي: محمد **(قال: بعد حين)** واسم الحين عند الإطلاق ينصرف إلى ستة أشهر، كما بيناه في مسألة (لا آكله).

قوله: (وفوضه) أي: أبو حنيفة تقديرَ التقادم **(إلى رأي القاضي)** لما أن التقادم يختلف بالأحوال والأعصار، فيفوض إلى رأي القاضي فيما يعد تفريطًا وفيما لا يعد؛ لأن نصب المقادير بالرأي لا يمكن. كذا في المحيط.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٩/ ٦٥).

وَعَن مُحَمَّد: أَنَّهُ قَدَّرَهُ بِشَهر؛ لِأَنَّ مَا دُونَهُ عَاجِلٌ، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَن أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَهُوَ الأَصَحُّ. وَهَذَا إِذَا لَم يَكُن بَينَ القَاضِي وَبَينَهُم مَسِيرَةُ شَهر، أَمَّا إِذَا كَانَ تُقبَلُ شَهَادَتُهُم؛ لِأَنَّ المَانِعَ بُعدُهُم عَن الإِمَامِ فَلَا تَتَحَقَّقُ التُّهمَةُ. وَالتَّقَادُمُ فِي حَدِّ الشُّربِ كَذَلِكَ عِندَ مُحَمَّد، وَعِندَهُمَا: يُقَدَّرُ بِزَوَالِ الرَّائِحَةِ عَلَى مَا يَأتِي فِي بَابِهِ إِن شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى (وَإِذَا شَهِدُوا عَلَى رَجُل أَنَّهُ زَنَى بِفُلَانَة، وَفُلَانَةُ غَائِبَةٌ فَإِنَّهُ يُحَدُّ، وَإِن شَهِدُوا أَنَّهُ سَرَقَ مِن فُلَان وَهُوَ غَائِبٌ، لَم يُقطَع) وَالفَرقُ: أَنَّ بِالغَيبَةِ تَنعَدِمُ الدَّعوَى وَهِيَ شَرطٌ فِي السَّرِقَةِ دُونَ الزِّنَا، وَبِالحُضُورِ يُتَوَهَّمُ دَعوَى الشُّبهَةِ وَلَا مُعتَبَرَ بِالمَوهُومِ (وَإِن شَهِدُوا أَنَّهُ زَنَى بِامرَأَة لَا يَعرِفُونَهَا، لَم يُحَدَّ) لِاحتِمَالِ أَنَّهَا امرَأَتُهُ أَو

(لأن ما دونه) أي: ما دون الشهر (عاجل) كما في مسألة اليمين في قوله: (لَيَقْضِيَنَّ حَقَّه عاجلًا).

وفي حلية العلماء[1]: قال حسن بن زياد: قدر أبو حنيفة التقادم بسنة، وما وجدت هذه الرواية في كتب أصحابنا المشهورة.

قوله: (وإذا شهدوا) إلى **قوله**: (فإنه يحد) وبه قالت الأئمة الثلاثة.

ولو أقر بالزنا بغائبة يحد الرجل استحسانًا أيضًا عن الكل؛ لحديث ماعز، فإنه عليه السلام رجمه بالإقرار بالزنا بغائبة.

قوله: (ولا معتبر بالموهوم) جواب سؤال، وهو أن يقال: ينبغي ألَّا تحد؛ لأنها لو حضرت ربما تدعي النكاح، ويحتمل ألّا تدعي على تقدير الدعوة تصير شبهة، فباحتمال الدعوة تثبت شبهة الشبهة، وهي غير معتبرة؛ لما في اعتباره سد باب الحد، وهو مفتوح فيكون مردودًا؛ إذ لا نهاية له.

ألا ترى أن الحد يثبت بالإقرار والشهادة مع احتمال الرجوع فيها؛ إذ بالرجوع في الإقرار والشهادة تثبت الشبهة، وباحتمالهما تثبت شبهة الشبهة.

فإن قيل: القود إذا كان بين شريكين وأحدهما غائب - لا يتمكن الحاضر من استيفائه؛ لاحتمال العفو من الغائب.

(١) حلية العلماء للشاشي (٨/ ٣١).

أَمَتُهُ بَل هُوَ الظَّاهِرُ (وَإِن أَقَرَّ بِذَلِكَ حُدَّ)؛ لِأَنَّهُ لَا يَخفَى عَلَيهِ أَمَتُهُ أَو امرَأَتُهُ (وَإِن شَهِدَ اثنَانِ أَنَّهُ زَنَى بِفُلَانَةَ فَاستَكرَهَهَا، وَآخَرَانِ أَنَّهَا طَاوَعَتهُ دُرِئَ الحَدُّ عَنهُمَا جَمِيعًا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ) وَهُوَ قَولُ زُفَرَ (وَقَالَا: يُحَدُّ الرَّجُلُ خَاصَّةً)(*) لِاتِّفَاقِهِمَا عَلَى المُوجِبِ،

قلنا: العفو مسقط حقيقة، فاحتماله يكون شبهة المسقط لا شبهة الشبهة، فيعتبر احتمال العفو. كذا في المبسوط وجامع قاضي خان.

قوله: (بل هو الظاهر) أي: كون المرأة امرأته أو أمته؛ لأن ظاهر حال المسلم ألّا يزني، والشهود لا يفصلون بين زوجته وأمته وبين غيرهما إلا بالمعرفة، فلم يعرفوها، فلم يمكن إقامة الحد بشهادتهم، فلو قال المشهود عليه: التي رأوها معي ليست بامرأتي ولا أمتي لم يُحَدَّ أيضًا؛ لأن الشهادة قد بطلت، ثم هذه اللفظة ليست بإقرار منه بالزنا، فلا يحد، ولو كان إقرارًا فَحَدُّ الزنا لا يقام بالإقرار مرة.

قوله: (وإن أقر بذلك): أي: بامرأة لا يعرفها أربع مرات (**حُدَّ؛ لأنه لا يخفى** [٥٧٩/أ][(١)] عليه أمته أو امرأته) أو لا تشتبه.

فإن قيل: قد تشتبه عليه امرأته بأن لم تُزَفَّ إليه.

قلنا: الإنسان كما لا يقر على نفسه حال الاشتباه، فلما أقر بالزنا انتفت شبهة كون الموطوءة زوجته، فصار معنى قوله: لم أعرفها، أي: بوجهها ونسبها، ولكن علمت أنها أجنبية، فجعل هذا كالمنصوص عليه حاله، بخلاف الشاهد؛ لأنه جاز أن يشهد على الغير عند الاشتباه، كما جاز أن يشهد على الغير كذبًا، فيتهم فيها، فتبطل الشهادة.

قوله: (وهو قول زفر) وبه قالت الأئمة الثلاثة، وعندهما يحد الرجل، وبه قال الشافعي في الوجه.

(لاتفاقهما) أي: لاتفاق الفريقين، وبعض النسخ: **(لاتفاقهم)** أي: الشهود **(على الموجب)** وهو زنا الرجل، وتفرد اثنان بزيادة جناية من الرجل، وهو

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) حدث اضطراب في ترقيم الصفحات فجاء هذا الوجه بعد الورقة رقم [٥٧٦/ ب].

وَتَفَرَّدَ أَحَدُهُمَا بِزِيَادَةِ جِنَايَة وَهُوَ الإِكرَاهُ، بِخِلَافِ جَانِبِهَا؛ لِأَنَّ طَوَاعِيَتَهَا شَرطُ تَحَقُّقِ المُوجِبِ فِي حَقِّهَا، وَلَم يَثبُت لِاختِلَافِهِمَا. وَلَهُ: أَنَّهُ اختَلَفَ المَشهُودُ عَلَيهِ؛ لِأَنَّ الزِّنَا فِعلٌ وَاحِدٌ يَقُومُ بِهِمَا، وَلِأَنَّ شَاهِدَي الطَّوَاعِيَةِ صَارَا قَاذِفَينِ لَهَا. وَإِنَّمَا يَسقُطُ الحَدُّ عَنهُمَا بِشَهَادَةِ شَاهِدَي الإِكرَاهِ؛ لِأَنَّ زِنَاهَا مُكرَهَة يُسقِطُ إِحصَانَهَا،

الإكراه، وذا يؤيده جنايته، فكيف يصير شبهة؟ وإنما لا تحد المرأة بعدم ثبوت الموجب في حقها، وهو التمكين من الزنا طوعًا بشهادة الأربع.

(وله) أي: لأبي حنيفة **(أنه اختلف المشهود عليه)** أي: المشهود به، و(على) بمعنى الباء، كما في قوله تعالى: ﴿حَقِيقٌ عَلَىٰٓ أَن لَّآ أَقُولَ عَلَى ٱللَّهِ إِلَّا ٱلْحَقَّ﴾ [الأعراف: ١٠٥] أي: جدير بألّا أقول على الله. ذكره في التفسير.

ويمكن أن يجري على حقيقته؛ لأن المشهود عليه في التقدير اثنان وإن كان واحدًا؛ إذ الطائعة غير المكرهة، ولكن قوله: **(لأن الزنا فعل واحد)** يأبى عنه ظاهرًا.

(يقوم بهما) أي: بالرجل والمرأة، وهو فعل واحد حقيقة، وإن كان اثنين حكمًا، وقد اختلف جانبها، فيكون مختلفًا في جانبه ضرورةً، ولأن الطوع يقتضي إشراكهما في الزنا، حتى اشتركا في الإثم، والكره يقتضي تفرده به، حتى لم تشاركه فيه، والفعل المشترك غير الغير المشترك، ولأن شاهدي الطوعية صارا قاذفين لهما بالزنا، وكانا خصمين في ذلك، ولا شهادة للخصم.

(وإنما يسقط الحد) أي: حد القذف **(عنهما)** أي: عن شاهدي الطوعية بسبب شهادة شاهدي الإكراه **(لأن زناها مكرهة يسقط إحصانها)** فإن من قذف امرأة، ثم شهد شاهدان أنها زنت وهي مكرهة - سقط الحد عن القاذف عدد الأربعة في الزنا الموجب للحد، وهذه شهادة على سقوط إحصانها، وسقوط الإحصان يثبت بشهادة الإحصان، ولا يحد الشهود للقذف لقيام أربعة شهدوا على مسمى الزنا، ففات شرط.

وفي جامع شمس الأئمة[1]: لم يجب حد القذف على الشهود عن أبي

---

(١) ينظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق (٣/ ١٤٥).

فَصَارَا خَصمَينِ فِي ذَلِكَ (وَإن شَهِدَ اثنَانِ أَنَّهُ زَنَى بِامرَأَة بِالكُوفَةِ، وَآخَرَانِ أَنَّهُ زَنَى بِهَا بِالبَصرَةِ، دُرِئَ الحَدُّ عَنهُمَا جَمِيعًا)؛ لِأَنَّ المَشهُودَ بِهِ فِعلُ الزِّنَا وَقَد اختَلَفَ بِاختِلَافِ المَكَانِ، وَلَم يَتِمَّ عَلَى كُلِّ وَاحِد مِنهُمَا نِصَابُ الشَّهَادَةِ، وَلَا يُحَدُّ الشُّهُودُ خِلَافًا لِزُفَرَ لِشُبهَةِ الِاتِّحَادِ ....

حنيفة؛ لأنه متفق على النسبة إلى الزنا في لفظة الشهادة، وذلك لمخرج لكلامه عن كونه قذفًا، كما في المسألة على هذه المسألة، وأما عندهما فلأن شاهدي الطواعية صارا قاذفين لها، لكن شاهدي الإكراه أسقطا إحصانها كما ذكرنا.

وفائدة اختلاف الطريقين تتبين فيما إذا شهد ثلاثة بالطواعية، وواحد بالكره، فعند أبي حنيفة: لا يقام حد القذف عليه؛ لاتفاقهم على نسبتها بالزنا، وعلى قولهما: يقام الحد على الثلاثة؛ لأن شهادة الواحد على زنا بالكره لا تسقط إحصانها، فصاروا قاذفين للمحصنة، فيقام عليهم حد القذف.

قوله: (**دُرِئَ الحَدُّ عنهما**): أي: على الرجل والمرأة، ولا خلاف فيه لأحد.

قوله: (**خلافًا لزفر**) فإن عنده يحد الشهود حد القذف، وبه قال الشافعي في قول؛ لأن العدد لا يتكامل بكل زنا، فصاروا قَذَفَةً، كثلاثة شهدوا، فإنهم يحدون حد القذف.

وقلنا: كلامهم وقع شهادة؛ لاستجماع شرائطها من الأهلية للفظة الشهادة، ثم العدد في حق المشهود عليه، فلا يجب الحد على قاذفه، واعتبرنا نقصان العدد في حق المشهود به، فقلنا: إنه لا يجب حد الزنا احتيالًا للدرء بقدر الممكن.

وعلى هذا الاختلاف إذا قذف إنسانًا، فجاء القاذف بأربعة شهدوا على المقذوف بالزنا، فاثنان شهدا أنه زنا بفلانة بالكوفة، واثنان أنه زنا بها بالبصرة، فعندنا يسقط الحد عن القاذف.

وعند زفر لا يسقط، وكلامنا أظهر؛ لقوله: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ﴾ [النور: ٤] شرط شهادة الأربعة لسقوط الإحصان مطلقًا، وقد وجد. كذا ذكره قاضي خان.

نَظَرًا إِلَى اتِّحَادِ الصُّورَةِ وَالمَرأَةِ (وَإِن اختَلَفُوا فِي بَيت وَاحِد حُدَّ الرَّجُلُ وَالمَرأَةُ) مَعنَاهُ: أَن يَشهَدَ كُلُّ اثنَينِ عَلَى الزِّنَى فِي زَاوِيَة، وَهَذَا استِحسَانٌ. وَالقِيَاسُ: أَن لَا يَجِبَ الحَدُّ لِاختِلَافِ المَكَانِ حَقِيقَة. وَجهُ الِاستِحسَانِ: أَنَّ التَّوفِيقَ مُمكِنٌ بِأَن يَكُونَ

قوله: (**نظرًا إلى اتحاد الصورة**) أي: صورة نسبة الزنا (**والمرأة**) لأن الكلام فيه، فكانوا مثبتين ذنبًا واحدًا من هذا الوجه، وهم أربعة، فلم يكن كلامهم قذفًا.

قوله: (**في زاوية**) أي: في غير الزاوية التي يشهد به الاثنان الآخران.

قوله: (**والقياس ألا يجب**) وهو قول زفر والشافعي ومالك؛ لاختلاف المكان حقيقة، [٥٧٩/ب][(١)] فاختلف المشهود به، وهو الزنا، كما في الدارين.

(**وجه الاستحسان**) أنهم اتفقوا على فعل واحد، واختلفوا فيما لم يكلفوا نقله، والتوفيق ممكن، فيجب التوفيق، بأن يكون ابتداء الفعل في زاوية، وتمامه في أخرى بالاضطراب لضخامته، والاجتذاب لنحافتها، أو لأن الواقع في وسط البيت فيظنه من في المقدم في المقدم، ومن في المؤخر في المؤخر، فيشهد بما عنده، وهذا إذا كان البيت صغيرًا يحتمل ما قلنا، فأما إذا كان كبيرًا لا يحتمل ذلك، فهو كالدارين والمصرين، ذكره البزدوي، وبه قال أحمد.

فإن قيل: في التوفيق احتيال للإقامة، وقد أمرنا بالاحتيال للدرء.

قلنا: هذا احتيال لقبول الشهادة، فالتوفيق في الحدود مشروع؛ صيانةً للبينات عن التعطيل، ألا ترى أنه لو شهد أربعة بالزنا بفلانة تقبل وتحمل شهادة كل واحد على الزنا الذي شهد به صاحبه وإن لم ينص على ذلك، مع أن احتمال الاختلاف ثابت، بأن كان الزنا بها أربع مرات، ويشهد كل على مرة، وفي ذلك لا يجب الحد على المشهود عليه، وفيه نوع تأمل.

فإن قيل: الاختلاف في هذه المسألة مسكوت عنه، والاختلاف في المكان منصوص عليه، فكيف يقاس ذلك عليه؟.

قلنا: التوفيق مشروع فيما إذا كان الاختلاف منصوصًا عليه أن شهد اثنان

---

(١) حدث اضطراب في ترقيم الصفحات فجاء هذا الوجه بعد الورقة رقم [٥٧٨/أ].

ابتِدَاءُ الفِعلِ فِي زَاوِيَة وَالِانتِهَاءُ فِي زَاوِيَة أُخرَى بِالِاضطِرَابِ، أَو لِأَنَّ الوَاقِعَ فِي وَسَطِ البَيتِ فَيَحسِبُهُ مَن فِي المُقَدَّم فِي المُقَدَّمِ وَمَن فِي المُؤَخَّرِ، فِي المُؤَخَّرِ فَيَشهَدُ بِحَسَبِ مَا عِندَهُ (وَإِن شَهِدَ أَربَعَةٌ أَنَّهُ زَنَى بِامرَأَة بِالنُّخَيلَةِ عِندَ طُلُوعِ الشَّمسِ، وَأَربَعَةٌ أَنَّهُ زَنَى بِهَا عِندَ طُلُوعِ الشَّمسِ بِدَيرِ هِند، دُرِئَ الحَدُّ عَنهُم جَمِيعًا) أَمَّا عَنهُمَا: فَلِأَنَّا تَيَقَّنَّا بِكَذِبِ أَحَدِ الفَرِيقَينِ غَيرِ عَين، وَأَمَّا عَن الشُّهُودِ فَلِاحتِمَالِ صِدقِ كُلِّ فَرِيق (وَإِن

بأنه زنا بامرأة بيضاء، وآخران بامرأة سوداء، أو شهد اثنان بأن عليها ثوبًا أحمر، وآخر أن عليها ثوبًا أصفر، وكذلك لو اختلفوا في الطول والقصر، أو في السمن والهزال ولكن هذا يشكل على قول أبي حنيفة في مسألة الإكراه والطواعية؛ لما أن هذا التوفيق يمكن بأن يكون ابتداء الفعل بالإكراه، وانتهاؤها بطوع. كذا في جامع قاضي خان والفوائد الظهيرية(١).

أجيب عنه: أن الإكراه مسقط، سواء كان أول الفعل أو آخره؛ لأنه بالنظر إلى الابتداء لا يجب، وبالنظر إلى الانتهاء يجب، فلا يجب بالشك، وهاهنا يجب بالنظر إلى روايتين، فافترقا.

قوله: (وبالنُّخَيْلَة).

في المغرب: النخيلة: تصغير النخلة، التي هي واحدة النخل، موضع قريب بالكوفة، وبالباء والجيم تصحيف؛ لأنها اسم حيٍّ من اليمن، ودية المرأة هند لا تشاغل عليه لأن دية المرأة هند أيضًا موضع قريب من الكوفة(٢)، وأما ضم الباء فتحريف أصلًا(٣).

قوله: (بكذب أحد الفريقين) إذ الشخص الواحد في ساعة واحدة لا يكون في مكانين متباعدين، ولا نعرف الصادق من الكاذب، فعجز القاضي عن القضاء؛ للتعارض أو لتهمة الكذب في شهادة كل فريق، فلهذا لم يحد.

قوله: (وأما عن الشهود) يعني يسقط حد القذف عن الشهود أيضًا، خلافًا

---

(١) ينظر: البناية شرح الهداية (٦/ ٣٣٢).
(٢) كذا بالأصل، وفي المتن: (دير هند) وفي المغرب (٤٥٩): ودير هند من محالِّ الكوفة لا يساعد عليه.
(٣) المغرب (٤٥٩).

شَهِدَ أَربَعَةٌ عَلَى امرَأَة بِالزِّنَا وَهِيَ بِكرٌ، دُرِئَ الحَدُّ عَنهُمَا وَعَنهُم)؛ لِأَنَّ الزِّنَا لَا يَتَحَقَّقُ مَعَ بَقَاءِ البَكَارَةِ، وَمَعنَى المَسأَلَةِ: أَنَّ النِّسَاءَ نَظَرنَ إِلَيهَا فَقُلنَا إِنَّهَا بِكرٌ، وَشَهَادَتُهُنَّ حُجَّةٌ فِي إِسقَاطِ الحَدِّ وَلَيسَت بِحُجَّة فِي إِيجَابِهِ، فَلِهَذَا سَقَطَ الحَدُّ عَنهُمَا وَلَا يَجِبُ عَلَيهِم (وَإِن شَهِدَ أَربَعَةٌ عَلَى رَجُل بِالزِّنَا وَهُم عُميَانٌ أَو مَحدُودُونَ فِي قَذف أَو أَحَدُهُم عَبدٌ أَو مَحدُودٌ فِي قَذف فَإِنَّهُم يُحَدُّونَ وَلَا يُحَدُّ المَشهُودُ عَلَيهِ)؛ لِأَنَّهُ لَا يَثبُتُ بِشَهَادَتِهِم المَالُ فَكَيفَ يَثبُتُ الحَدُّ، وَهُم لَيسُوا مِن أَهلِ أَدَاءِ الشَّهَادَةِ، وَالعَبدُ لَيسَ بِأَهل لِلتَّحَمُّلِ وَالأَدَاءِ فَلَم تَثبُت شُبهَةُ الزِّنَا؛ لِأَنَّ الزِّنَا يَثبُتُ بِالأَدَاءِ (وَإِن شَهِدُوا بِذَلِكَ

لزفر؛ لأن العدد قد تكامل في حق المشهود عليه، فكان احتمال الصدق في حق كل فريق ثابت، ومع احتمال الصدق لا يحد للقذف.

قوله: (دُرِئَ الْحَدُّ عَنْهُمَا) أي: عن الرجل والمرأة، وبه قال الشافعي وأحمد[1]؛ لتكامل عددهم في الشهادة على الزنا، وإنما امتنع حكم شهادتهم باعتبار قولهن، وقولهن حجة في إسقاط الحد لا في إيجابه، وصدق الشهود محتمل؛ لاحتمال أن يطأها ثم تعود عذرتها؛ لعدم المبالغة في الافتضاض.

وفي الفوائد الظهيرية[2]: وعلى هذا لو شهدوا بزنا رجل وهو مجبوب لا يحد هو ولا الشهود أيضًا؛ لأن الحد إنما يجب على القاذف لنفي العار والشنار عن المقذوف، وإنه منفي عنه؛ لمكان الجَبِّ.

قوله: (ولا يحد المشهود عليه) أي: بلا خلاف، ويُحَد الشهود حدَّ القذف، وبه قال الشافعي وأحمد في رواية في محدود في قذف لم يثبت قوله.

(لأن الزنا يثبت عند الأداء) أي: يظهر عند الأداء لا أن يثبت حقيقة عنده؛ لأنه يثبت بالفعل قبل الأداء، كذا قيل.

ولا حاجة إلى هذا؛ لأن ثبوت الزنا عند القاضي شرعًا بالأداء عنده، بخلاف ما لو شهدوا وهم فساق، يعني علم فسقهم أو ظهر أنهم فساق بعد الأداء لم يحد المشهود عليه بلا خلاف، ولم تحد الشهود أيضًا عندنا، وبه قال

---

(١) المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد (٢/ ١٥٥).

(٢) ينظر: المبسوط للسرخسي (٩/ ٧٤)، درر الحكام لابن فرامرز (٢/ ٦٨).

وَهُم فُسَّاقٌ، أَو ظَهَرَ أَنَّهُم فُسَّاقٌ، لَم يُحَدُّوا)؛ لِأَنَّ الفَاسِقَ مِن أَهلِ الأَدَاءِ وَالتَّحَمُّلِ وَإِن كَانَ فِي أَدَائِهِ نَوعُ قُصُور لِتُهمَةِ الفِسقِ.

وَلِهَذَا: لَو قَضَى القَاضِي بِشَهَادَةِ فَاسِق يَنفُذُ عِندَنَا، وَيَثبُتُ بِشَهَادَتِهِم شُبهَةُ الزِّنَا، وَبِاعتِبَارِ قُصُور فِي الأَدَاءِ لِتُهمَةِ الفِسقِ يَثبُتُ شُبهَةُ عَدَمِ الزِّنَا فَلِهَذَا امتَنَعَ الحَدَّانِ، وَسَيَأتِي فِيهِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ بِنَاء عَلَى أَصلِهِ: أَنَّ الفَاسِقَ لَيسَ مِن أَهلِ الشَّهَادَةِ فَهُوَ كَالعَبدِ عِندَهُ (وَإِن نَقَصَ عَدَدُ الشُّهُودِ عَن أَربَعَة حُدُّوا)؛ لِأَنَّهُم قَذَفَةٌ، إذ

أحمد في رواية، وفي رواية: يُحَدّون، وبه قال الشافعي ومالك.

قال الإمام قاضي خان(١): الكلام يبتني على معرفة الشهود.

فنقول: الشهود ثلاثة:

شاهد له أهلية التحمل والأداء بصفة الكمال، كالحر العدل البالغ العاقل.

وشاهد له أهلية التحمل دون الأداء، كالأعمى، والمحدود في القذف؛ لاستجماع شرائط الفهم فيهما، إلا أن الأداء فات في الأعمى؛ لعدم التمييز، وفي المحدود؛ للنص الرادِّ لأداء شهادته.

وشاهد له أهلية التحمل والأداء، إلا أن في أدائه نوع قصور؛ لتهمة الكذب، كالنسيان؛ إذ الفاسق أهل الأداء بالنص، قال تعالى: ﴿إِن جَآءَكُمۡ فَاسِقُۢ بِنَبَإٖ فَتَبَيَّنُوٓاْ﴾ [الحجرات:٦] فالأمر بالتثبت دليل على أنه أهل للأداء؛ إذ لو لم يكن أهلًا لما أمر بالتثبت، كما أمر برد شهادة العبد والمحدود في قذف ولا يؤمر بالتثبت.

قوله: (يُحَدُّوا) أي: عند طلب المشهود عليه الحد. ذكره البزدوي.

لا خلاف للأئمة فيه؛ لقوله تعالى: ﴿ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجۡلِدُوهُمۡ﴾ [النور:٤] ولأن أبا بكرة ونافعًا وشبل بن معبد شهدوا على المغيرة بن شعبة، ولم يكمل زياد شهادته، فحد عمر رضي الله عنه الثلاثة بمحضر من الصحابة، فكان ذلك إجماعًا منهم.

---

(١) ينظر: العناية شرح الهداية للبابرتي (٥/ ٢٨٩).

لَا حِسبَةَ عِندَ نُقصَانِ العَدَدِ وَخُرُوجِ الشَّهَادَةِ عَن القَذفِ بِاعتِبَارِهَا (وَإِن شَهِدَ أَربَعَةٌ عَلَى رَجُل بِالزِّنَا، فَضُرِبَ بِشَهَادَتِهِم، ثُمَّ وُجِدَ أَحَدُهُم عَبدًا أَو مَحدُودًا فِي قَذف فَإِنَّهُم يُحَدُّونَ)؛ لِأَنَّهُم قَذَفَةٌ إذ الشُّهُودُ ثَلَاثَةٌ (وَلَيسَ عَلَيهِم وَلَا عَلَى بَيتِ المَالِ أَرشُ الضَّربِ، وَإِن رُجِمَ فَدِيَتُهُ عَلَى بَيتِ المَالِ، وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: أَرشُ الضَّربِ أَيضًا عَلَى بَيتِ المَالِ)(*) قَالَ العَبدُ الضَّعِيفُ عَصَمَهُ اللَّهُ: مَعنَاهُ إذَا كَانَ جَرَحَهُ، وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ إذَا مَاتَ مِن الضَّربِ، وَعَلَى هَذَا إذَا رَجَعَ الشُّهُودُ لَا يَضمَنُونَ عِندَهُ وَعِندَهُمَا يَضمَنُونَ. لَهُمَا: أَنَّ الوَاجِبَ بِشَهَادَتِهِم مُطلَقُ الضَّربِ، إذ الِاحتِرَازُ عَن الجَرحِ خَارِجٌ عَن الوُسعِ، فَيَنتَظِمُ الجَارِحُ وَغَيرُهُ فَيُضَافُ إلَى شَهَادَتِهِم فَيَضمَنُونَ بِالرُّجُوعِ، وَعِندَ عَدَمِ الرُّجُوعِ تَجِبُ عَلَى بَيتِ المَالِ؛ لِأَنَّهُ يَنتَقِلُ فِعلُ

قوله: (وَعِنْدَهُمَا يَضْمَنُونَ) أي: أرش الجراحة إن لم يمت، والدية إن مات.

وقال الشافعي ومالك وأحمد: فالأرش والدية على الحاكم، ولكن مالك يفصل ويقول: إن ثبتت بالبينة لا يضمن الحاكم، ولو قامت بينة على الرق والكفر فعلى الحاكم.

(فيضاف) أي: الجرح أو الموت (إلى شهادتهم) فصاروا كالمباشرين لما أوجبوا بشهادتهم، فإذا رجعوا فقد اعترفوا بأنهم جناة في شهادتهم وضمنوا، كمن ضرب إنسانًا بسوط فجرحه ضَمِنَ أَرْشَ الجراحة، ولو مات ضمن الدية، وكشهود القصاص والقطع في السرقة إذا رجعوا ضمنوا ما أتلفوا بشهادتهم.

قوله: (وعند عدم الرجوع) بأن ظهروا عبيدًا أو محدودين في قذف، أو ظهر أحدهم لم يضمنوا؛ لأنهم لم يعرفوا بجناياتهم، لكن ينتقل فعل الجلاد إلى القاضي؛ إذ فعل المأمور ينتقل إلى الآمر عند صحة الأمر، فكأنه ضرب بنفسه، ثم ظهر خَطَأُهُ - يكون ضمانه في بيت المال؛ لأن القاضي متى أخطأ في القضاء لا يلزمه الضمان.

وإنما يلزم من وقع له القضاء، والقضاء هاهنا وقع للعامة؛ لأن الحدود

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

الجَلَّادِ إِلَى القَاضِي وَهُوَ عَامِلٌ لِلمُسلِمِينَ فَتَجِبُ الغَرَامَةُ فِي مَالِهِم فَصَارَ كَالرَّجمِ وَالقِصَاصِ.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّ الوَاجِبَ هُوَ الجَلدُ، وَهُوَ ضَربٌ مُؤلِمٌ غَيرُ جَارِحٍ وَلَا مُهلِك، فَلَا يَقَعُ جَارِحا ظَاهِرًا إِلَّا لِمَعنى فِي الضَّارِبِ وَهُوَ قِلَّةُ هِدَايَتِهِ فَاقتَصَرَ عَلَيهِ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَجِبُ عَلَيهِ الضَّمَانُ فِي الصَّحِيحِ كَي لَا يَمتَنِعَ النَّاسُ عَن الإِقَامَةِ مَخَافَةَ

حق الله تعالى، ويعود نفعها إلى العباد من حيث تقليل الفساد، فيجب الضمان على العامة، ومال بيت المال مال العامة، فيجب في بيت المال. إليه أشار في المبسوط.

قوله: (**فصار**) أي: الجرح في هذه الصورة (**كالرجم**) يعني إذا رجم الإمام أحدًا ثم ظهر الشهود عبيدًا أو محدودين في قذف فالضمان في بيت المال، فكذا هذا (**والقصاص**) يعني إذا حكم بالقصاص لأحد ثم ظهر الشهود عبيدًا أو محدودين في قذف فالضمان على المقضي له.

قوله: (**ولأبي حنيفة أن الواجب هو الجلد**) إلى آخره، يعني الجرح غير مضاف إلى شهادتهم؛ لأنهم أوجبوا الحد، وهو ضرب مؤلم لا جارح ولا متلف، ولهذا لا يحد في الحر الشديد والبرد الشديد بالإجماع، وعلى المريض تفاديًا على الإتلاف والجرح إنما وقع لخرق الجلاد وقلة هدايته وترك احتياطه، فاقتصر عليه ولم يضف إلى خطأ القاضي ولا إلى شهادة الشهود، فلم يضمن القاضي ولا الشهود.

والجلاد أيضًا لا يضمن في الصحيح؛ لأنه ما تعمد الجرح، فلو ضمناه بدون التعمد لامتنع الناس عن إقامة الحدود مخافة الضمان، ولأنه مأمور به، وفعل المأمور لا يتقيد بشرط السلامة. إليه أشير في المباسيط وشروح الجامع[١].

وقوله: (**في الصحيح**) احتراز عما ذكر في مبسوط شيخ الإسلام، ولو قال قائل: يجب الضمان على الجلاد، فله وجه؛ لأنه ليس بمأمور بهذا الوجه؛ لأنه

---

(١) تبيين كنز الحقائق شرح كنز الحقائق (٣/ ١٩٢).

الغَرَامَةِ (وَإِن شَهِدَ أَربَعَةٌ عَلَى شَهَادَةِ أَربَعَةٍ عَلَى رَجُل بِالزِّنَا لَم يُحَدَّ) لَمَا فِيهَا مِن زِيَادَةِ الشُّبهَةِ وَلَا ضَرُورَةَ إِلَى تَحَمُّلِهَا (فَإِن جَاءَ الأَوَّلُونَ فَشَهِدُوا عَلَى المُعَايَنَةِ فِي ذَلِكَ المَكَانِ لَم يُحَدَّ أَيضا) مَعنَاهُ: شَهِدُوا عَلَى ذَلِكَ الزِّنَا بِعَينِهِ؛ لِأَنَّ شَهَادَتَهُم قَد رُدَّت مِن وَجه بِرَدِّ شَهَادَةِ الفُرُوعِ فِي عَينِ هَذِهِ الحَادِثَةِ، إذ هُم قَائِمُونَ مَقَامَهُم بِالأَمرِ وَالتَّحمِيلِ، ....

أمر بضرب مؤلم لا بجارح ولا كاسر ولا قاتل، فإذا وجد الضرب على هذه الوجوه فقد وقع فعله متعديًا، فيجب عليه الضمان، وقد بينا وجه الصحيح.

قوله: (**لما فيها من زيادة شبهه**)؛ لتمكنها في موضعين: في تحمل الأصول، وفي نقل الفروع، وقد أمكن الاحتراز عنها، فحبس الشهود في الجملة، وبه قال الشافعي في قول، ومالك وأحمد.

وقال الشافعي في الأصح: يقبل إذا كان بشرائطه، كشهادة الأصول.

قوله: (**ولا ضرورة إلى تحملها**) أي: تحمل زيادة الشبهة.

وفي المبسوط[1]: فيما تداولته الألسن يمكن فيه زيادة ونقصان، ولأن الشهادة على الشهادة بدل، والإبدال ينصب للحاجة، ولا تقام الحدود بمثله؛ لأنها مبنية على الدرء.

قوله: (**فإن جاء الأولون**) أي: الأصول.

قوله: (**بالأمر والتحميل**) ولهذا في الموضع الذي تقبل الشهادة على الشهادة تقبل شهادة الأصول، ففي الموضع الذي ترد شهادتهم تعدى إلى شهادة الأصول من وجه، وذلك شبهة، فلا تقبل؛ لأن كل شهادة ردت في حادثة لم تقبل في تلك الحادثة.

فإن قيل: إذا ردت شهادة الفرع في المال يسبقهم ثم قدم الأصول وشهدوا تقبل شهادتهم.

قلنا: [٥٧٩/ب] ترد شهادة الفروع، يمكن شبهة الرد في شهادة الأصول لا حقيقة، فالثابت في حق الأصول شبهة الرد، والشبهة تمنع القضاء بالحدود دون المال.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٩/ ٦٦).

وَلَا يُحَدُّ الشُّهُودُ؛ لِأَنَّ عَدَدَهُم مُتَكَامِلٌ، وَامتِنَاعُ الحَدِّ عَلَى الشُّهُودِ عَلَيهِ لِنَوعِ شُبهَةٍ. وَهِيَ كَافِيَةٌ لِدَرءِ الحَدِّ لَا لِإِيجَابِهِ (وَإِذَا شَهِدَ أَربَعَةٌ عَلَى رَجُلٍ بِالزِّنَا فَرُجِمَ، فَكُلَّمَا رَجَعَ وَاحِدٌ حُدَّ الرَّاجِعُ وَحدَهُ وَغَرِمَ رُبعَ الدِّيَةِ) أَمَّا الغَرَامَةُ فَلِأَنَّهُ بَقِيَ مَن يَبقَى بِشَهَادَتِهِ ثَلَاثَةُ أَربَاعِ الحَقِّ، فَيَكُونُ التَّالِفُ بِشَهَادَةِ الرَّاجِعِ رُبعَ الحَقِّ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَجِبُ القَتلُ دُونَ المَالِ، بِنَاء عَلَى أَصلِهِ فِي شُهُودِ القِصَاصِ، وَسَنُبَيِّنُهُ فِي الدِّيَاتِ إِن شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، وَأَمَّا الحَدُّ فَمَذهَبُ عُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ.

وَقَالَ زُفَرُ: لَا يُحَدُّ؛ لِأَنَّهُ إِن كَانَ الرَّاجِعُ قَاذِفَ حَيٍّ فَقَد بَطَلَ بِالمَوتِ، وَإِن كَانَ قَاذِفَ مَيِّت فَهُوَ مَرجُومٌ بِحُكمِ القَاضِي فَيُورِثُ ذَلِكَ شُبهَة. وَلَنَا: أَنَّ الشَّهَادَةَ إِنَّمَا تَنقَلِبُ قَذفا بِالرُّجُوعِ؛ لِأَنَّ بِهِ تُفسَخُ شَهَادَتُهُ فَجُعِلَ لِلحَالِ قَذفا لِلمَيِّتِ، وَقَد انفَسَخَت الحُجَّةُ فَيَنفَسِخُ مَا يَبتَنِي عَلَيهِ وَهُوَ القَضَاءُ فِي حَقِّهِ فَلَا يُورِثُ الشُّبهَةَ،

قوله: (ولا يحد الشهود) أي: لا الفروع ولا الأصول، أما الفروع؛ فلأنهم ما نسبوه إلى الزنا، وإنما حكوا كلام الأصول، والحاكي للقذف لا يكون قاذفًا، وأما الأصول فكامل عددهم.

(وامتناع الحد على الشهود عليه لنوع شبهة) وهو شبهة عدم التحميل في الفروع، وشبهة الرد في الأصول (فهي) أي: الشبهة (كافية لدرء الحد لا لإيجابه).

قوله: (وقد بطل بالموت)؛ لأن حد القذف لا يورث؛ لأن معظم المقصود فيه حق الله تعالى، فيورث ذلك شبهة؛ إذ المرجوم لا يحد قاذفه؛ للشبهة في إحصانه، ولهذا لا يحد الباقون غيرَ الراجع إجماعًا.

وقلنا: بالرجوع تنقلب الشهادة قذفًا (لأن به) أي: بالرجوع (تُفسخُ شهادته) قذفًا في الحال، ولم يبين الرجوع أن الشهادة كانت قذفًا من الأصل؛ لأن الشهادة حين وقعت، وقعت صحيحة بشرطها، ثم بالرجوع فسخها، فتصير لا شهادة، فتصير قذفًا بعد الموت، كالفاسخ للبيع بعد موت البائع مع وارثه يفيد الملك بعد الموت.

قوله: (فَيَنْفَسِخُ مَا يبتني عَلَيْهِ) جواب عن قوله: (وهو مرجوم بحكم القاضي

بِخِلَافِ مَا إِذَا قَذَفَهُ غَيرُهُ؛ لِأَنَّهُ غَيرُ مُحصَن فِي حَقِّ غَيرِهِ لِقِيَامِ القَضَاءِ فِي حَقِّهِ (فَإِن لَم يُحَدَّ المَشهُودُ عَلَيهِ حَتَّى رَجَعَ وَاحِدٌ مِنهُم حُدُّوا جَمِيعًا، وَسَقَطَ الحَدُّ عَن

فيورث ذلك شبهة) فلا يحد الراجع كما قال زفر، فقال: هو مرجوم بحكم القاضي بشهادتهم، ولكن لما رجع فسخ شهادته، فانفسخ القضاء في حقه؛ لأن زعمه معتبر في حقه، فلا يصلح شبهة في حقه، بخلاف قاذف آخر؛ لأن المرجوم غير محصن في حق غير الراجع؛ لبقاء القضاء والشهادة في حقه؛ إذ الرجوع عاقل في حق الراجع لا في حق غيره. إليه أشار في المبسوط(١).

وهذا معنى **قوله: (بخلاف ما إذا قذفه غيره)** أي: قذف المرجوم غير الشاهد، حيث لا يجب حد القذف على القاذف **(لأنه)** أي: لأن المرجوم **(غير محصن في حق غيره)** أي: غير الشاهد **(لقيام القضاء في حقه)** أي: في حق غير الشاهد.

فإن قيل: لو وجد أحد الشهود عبدًا بعد الرجم فلا يحد الشهود حد القذف بالإجماع، ولو وجد أحدهم عبدًا بعد الجلد يحدون حد القذف، فهذا دليل على أن القذف لو ثبت بالشهادة إنما يثبت من وقت الشهادة كما قال زفر، ومن قذف حيًّا ثم مات المقذوف لا يحد القاذف.

قلنا: لما ظهر أن أحدهم عبد عُلم أن شهادتهم لم تكن شهادة، بل كانت قذفًا؛ إذ العبد لا شهادة له، ومن قذف حيًّا ثم مات المقذوف لا يجب على القاذف الحد، بخلاف ما نحن فيه، فإنها كانت شهادة في ذلك الوقت، وانقلب قذفًا بالرجوع في الحال. إليه أشار في المبسوط(٢).

قوله: (رجع واحد منهم) أي: بعد القضاء قبل الإمضاء **(حدوا)** أي: الشهود **(جميعًا)**.

وبه قال أحمد في الروايتين.

وقال محمد: يحد الراجع خاصة.

وبه قال الشافعي وزفر؛ لأن الشهادة تأكدت بالقضاء وتمت الحجة، فبعد

---

(١) المبسوط (٩/ ٤٧).
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٩/ ٤٨).

المَشهُودِ عَلَيهِ) وَقَالَ مُحَمَّدٌ: حُدَّ الرَّاجِعُ خَاصَّة(*)؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ تَأَكَّدَت بِالقَضَاءِ فَلَا يَنفَسِخُ، إِلَّا فِي حَقِّ الرَّاجِعِ، كَمَا إِذَا رَجَعَ بَعدَ الإِمضَاءِ. وَلَهُمَا: أَنَّ الإِمضَاءَ مِن القَضَاءِ، فَصَارَ كَمَا إِذَا رَجَعَ وَاحِدٌ مِنهُم قَبلَ القَضَاءِ، وَلِهَذَا سَقَطَ الحَدُّ عَن المَشهُودِ عَلَيهِ. وَلَو رَجَعَ وَاحِدٌ مِنهُم قَبلَ القَضَاءِ حُدُّوا جَمِيعًا.

وَقَالَ زُفَرُ: يُحَدُّ الرَّاجِعُ خَاصَّة؛ لِأَنَّهُ لَا يُصَدَّقُ عَلَى غَيرِهِ. وَلَنَا: أَنَّ كَلَامَهُم قَذفٌ فِي الأَصلِ، وَإِنَّمَا يَصِيرُ شَهَادَة بِاتِّصَالِ القَضَاءِ بِهِ، فَإِذَا لَم يَتَّصِل بِهِ بَقِيَ قَذفا

ذلك لم يبقَ قذفًا، ثم برجوع أحدهم تبطل الحجة في حقه ويصير كلامه قذفًا في حقه، وبقي كلام غيره حجة غير قذف كما قبل رجوعه، وكما إذا رجع بعد الإمضاء.

قوله: (ولهما أن الإمضاء) أي: استيفاء الحد (من القضاء) وقد بيناه في مسألة التقادم.

ثم ثمرة كون الإمضاء من القضاء تظهر فيما إذا اعترضت أسباب الحرج أو سقوط إحصان المقذوف أو عزل القاضي بمنع الإمضاء، فلذا صار الرجوع قبل الإمضاء كالرجوع قبل القضاء. ذكره التمرتاشي.

قوله: (وَلَوْ رَجَعَ وَاحِدٌ قَبْلَ الْقَضَاءِ حُدُّوا) وبه قالت الأئمة الثلاثة.

وقال زفر: يحد الراجع؛ لأن رجوعه صح في حق نفسه لا في حق أصحابه، فبقي كلامهم في حقهم شهادة وإن بطل في حق الراجع، ولأن الحد على غيره إما أن يجب بالشهادة أو بالرجوع، ولا وجه إلى الأول؛ لأن الشهادة لا توجب حد القذف، ولا وجه إلى الثاني؛ لأنه بالرجوع يثني عليه خيرًا.

وقلنا: كلامهم في الأصل قذفًا، ويصير شهادة باتصال القضاء، ولم يتصل؛ إذ رجوعه يمنع اتصال القضاء، كما في المال، فإن رجع أحدهما يمنع القضاء بالمال، فبالحدود أولى، فإذا ثبت هذا فنقول: لو امتنع الرابع من الأداء يحد الثلاثة، ولا يكون ذلك بسكوت الرابع، بل بنسبتهم إياه إلى الزنا، فكذا إذا رجع أحدهم يحد بكلامهم لا برجوع الرابع. إليه أشار في المبسوط[1].

(*) الراجح: قول الشيخين.

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٩/ ٤٦- ٤٧).

فَيُحَدُّونَ (فَإِن كَانُوا خَمسَة، فَرَجَعَ أَحدُهُم فَلَا شَيءَ عَلَيهِ)؛ لِأَنَّهُ بَقِيَ مَن يَبقَى بِشَهَادَتِهِ كُلُّ الحَقِّ وَهُوَ شَهَادَةُ الأَربَعَةِ (فَإِن رَجَعَ آخَرُ، حُدَّا وَغَرِمَا رُبعَ الدِّيَةِ) أَمَّا الحَدُّ فَلِمَا ذَكَرنَا، وَأَمَّا الغَرَامَةُ فَلِأَنَّهُ بَقِيَ مَن يَبقَى بِشَهَادَتِهِ ثَلَاثَةُ أَربَاعِ الحَقِّ، وَالمُعتَبَرُ بَقَاءُ مَن بَقِيَ لَا رُجُوعُ مَن رَجَعَ عَلَى مَا عُرِفَ (وَإِن شَهِدَ أَربَعَةٌ عَلَى رَجُل

قوله: (وإن كانوا خمسة) هذا عطف على أصل المسألة، وهو **قوله:** (وإذا [٥٨٠/أ] أشهد أربعة بالزنا فرجم فرجع واحد)[١].

قوله: (لا شيء عليه) أي: لا الحد ولا الدية، وبه قال الشافعي في الأصح، ومالك وأحمد؛ لأن الثابت بعلة لا يبطل ما بقيت العلة.

وعن مالك: لا تجب الدية بالرجوع أصلًا.

وقال الشافعي في وجه: يجب عليه خُمس الدية؛ لأنه ثبت بقولهم جميعًا.

قوله: (حُدَّا وغُرِّما رُبْعَ الديةِ)[٢] وقال الشافعي: إن قالا: تعمدنا الكذب وجب عليهما القود، وإن قالا: أخطأنا وجب عليهما قسطهما من الدية.

وله في قسطهما من الدية وجهان: في وجه: تجب خُمُسا الدية، وفي وجه: ربع الدية، وهو قولنا.

(فَلِمَا ذكرنا) وهو **قوله:** (ولنا أن الشهادة تنقلب قذفًا بالرجوع) إلى آخره، يعني حين رجع الثاني انفسخت الشهادة قذفًا؛ لعدم بقاء الحجة في حقهما، فعليهما الحد.

فإن قيل: حين رجع الأول لم يجب عليه حد وضمان، فلو لزمه بعد رجوع الثاني لكان رجوعه ملزمًا له الحد.

قلنا: إنما لم يجب عليه برجوعه لمانع، وهو بقاء حجة تامة لا لعدم السبب، فإذا زال المانع برجوع الثاني وجب الحد والغرم على الأول بالسبب المتقرر في حقه لا برجوع الثاني، ولو اعتبر هذا المعنى لوجب القول بأنهم رجعوا جميعًا لا يحدون؛ لأن في حق كل واحد منهم لا يلزمه شيء برجوعه وحده. كذا في المبسوط[٣].

---

(١) انظر المتن ص ٨٠.
(٢) انظر المتن ص ٨٠.
(٣) المبسوط (٩/ ١٠٤).

بِالزِّنَا، فَزُكُّوا فَرُجِمَ، فَإِذَا الشُّهُودُ مَجُوسٌ أَو عَبِيدٌ أو محدودون، فَالدِّيَةُ عَلَى الـمُزَكِّينَ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ) مَعنَاهُ: إِذَا رَجَعُوا عَن التَّزكِيَةِ (وَقَالَا: هُوَ عَلَى بَيتِ المَالِ)(*) وَقِيلَ: هَذَا إِذَا قَالُوا تَعَمَّدنَا التَّزكِيَةَ مَعَ عِلمِنَا بِحَالِهِم، لَهُمَا: أَنَّهُم أَثنَوا

قوله: (فَزُكُّوا) في المحيط(١): بأن المزكون هم أحرار مسلمون عدول.

قوله: (معناه فإذا رجعوا عن التزكية) بأن قالوا: قلنا: هم أحرار مسلمون مع علمنا بحالهم أنهم عبيد أو كفار، كذا في نسخ الشروح، فعلى هذا ينبغي ألا يذكر في الكتاب قوله: وقيل: بل يجب أن يقال: هذا إذا تعمدنا من غير أن يقال.

وقيل: لأن قود كذا يقتضي أن يكون معنى الرجوع عن التزكية التي توجب الضمان عنده فيه قوي قول آخر سوى التعمد، وليس كذلك، فإن المزكي لو قال: أخطأت في التزكية لا يضمن بالإجماع، والخلاف فيما إذا قال: تعمدت ذلك مع علمي بحالهم. ذكره في جامع قاضي خان(٢) وغيره، وإليه أشار في المبسوط(٣).

وفي جامع البزدوي، والحسامي، والمحيط: فلو قال: أخطأنا تجب الدية في بيت المال، كما لو أخطأ القاضي؛ لأن المزكي عامل لغيره، كالقاضي، فإذا لحقه ضمان كان له أن يرجع على المعمول له، وهو عامة المسلمين فيجب في بيت المال.

قوله: (وقالا) أي: أبو يوسف ومحمد، وبه قالت الأئمة الثلاثة؛ لأنهم لو ضمنوا لكان الضمان ضمان عدوان، وذا بالمباشرة أو التسبيب، وقد فُقِدا، أما الأول فظاهر، وكذا الثاني؛ لأن سبب الإتلاف الزنا، وهم ما أثبتوه، وإنما أثنوا على الشهود خيرًا، فصاروا كشهود الإحصان، إلا أن شهود الإحصان أثنوا على المشهود خيرًا، وهؤلاء أثنوا على الشاهد، فكما لا تضمن شهود الإحصان

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) ينظر: درر الحكام لابن فرامرز (٢/ ٦٩).

(٢) ينظر: البناية شرح الهداية للعيني (٦/ ٣٤٢)، الجوهرة النيرة على مختصر القدوري للحدادي (٢/ ١٥٢).

(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (٩/ ٦٠).

عَلَى الشُّهُودِ خَيرا، فَصَارَ كَمَا إذَا أَثنَوا عَلَى المَشهُودِ عَلَيهِ خَيرا بِأَن شَهِدُوا بِإِحصَانِهِ. وَلَهُ: أَنَّ الشَّهَادَةَ إنَّمَا تَصِيرُ حُجَّة عَامِلَة بِالتَّزكِيَةِ، فَكَانَت التَّزكِيَةُ فِي مَعنَى عِلَّةِ العِلَّةِ، فَيُضَافُ الحُكمُ إلَيهَا بِخِلَافِ شُهُودِ الإِحصَانِ؛ لِأَنَّهُ مَحضُ الشَّرطِ. وَلَا فَرقَ بَينَ مَا إذَا شَهِدُوا بِلَفظَةِ الشَّهَادَةِ أَو أَخبَرُوا، وَهَذَا ....

بالرجوع إجماعًا، إلا على قول الشافعي في وجه وزفر، كما يجيء، لا يضمن المزكون أيضًا.

قوله: (وله) أي: لأبي حنيفة (**حجة عاملة**) إذ الشهادة في الحدود لا توجب شيئًا بلا تزكية، فصارت التزكية كعلة العلة، وهذا لأن التلف حصل بالقضاء، والقضاء بالشهادة؛ لأنهم ألزموا القاضي القضاء.

والشهادة إنما تعمل بالعدالة، وهي تثبت بالتزكية، فكانت التزكية كعلة التلف، وهي كالعلة في إضافة الحكم إليها؛ لما عرف، بخلاف الشهادة على الإحصان، فإن الشهادة عليه علامة أو شرط محض كما بُيِّن في الأصول؛ لأن الزنا موجبه العقوبة بدون الإحصان؛ إذ الإحصان نعمة مانعة من الزنا، فكيف يكون مؤثرًا في إيجاب الحد وداعيًا إليه.

أكثر ما في الباب أن قبيح الزنا يتغلظ عند وجود الإحصان، ولكن ذلك القبح لا يكون مضافًا إلى الإحصان، بل إلى كونه وضعًا للكفران في موضع الشكر، ووضع الكفران وموضع الشكر لا يضاف إلى النعمة أصلًا، بل النعمة شرط محض، أي: علامة. كذا في الطريقة العلانية[(١)].

قوله: (**شهدوا بلفظ الشهادة**) بأن قالوا: نشهد بأنهم أحرار، وأخبروا بأن قالوا: هم أحرار.

(**وهذا**) أي: وجوب الضمان على قول أبي حنيفة، أما إذا قالوا هم عدول فقط.

وفي المحيط: إن المزكي بقوله: هم عدول لم يثبت ما له أثر في الإتلاف؛ لأنه أثبت مجرد العدالة، وبه لا تثبت ولاية الشهادة، فإن العبد قد يكون عدلًا

---

(١) ينظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (٩/ ١١٠)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم الحنفي (٧/ ١٣٨).

إِذَا أَخبَرُوا بِالحُرِّيَّةِ وَالإِسلَامِ، أَمَّا إِذَا قَالُوا: هُم عُدُولٌ وَظَهَرُوا عَبِيدا لَا يَضمَنُونَ؛ لِأَنَّ العَبدَ قَد يَكُونُ عَدلا، (وَلَا ضَمَانَ عَلَى الشُّهُودِ)؛ لِأَنَّهُ لَم يَقَع كَلَامُهُم شَهَادَة، وَلَا يُحَدُّونَ حَدَّ القَذفِ؛ لِأَنَّهُم قَذَفُوا حَيًّا وَقَد مَاتَ فَلَا يُورَثُ عَنهُ (وَإِذَا شَهِدَ أَربَعَةٌ عَلَى رَجُل بِالزِّنَا، فَأَمَرَ القَاضِي بِرَجمِهِ، فَضَرَبَ رَجُلٌ عُنُقَهُ، ثُمَّ وَجَدَ الشُّهُودَ عَبِيدًا فَعَلَى القَاتِلِ الدِّيَةُ) وَفِي القِيَاسِ: يَجِبُ القِصَاصُ؛ لِأَنَّهُ قَتَلَ نَفسا مَعصُومَة بِغَيرِ حَقٍّ.

وَجهُ الِاستِحسَانِ: أَنَّ القَضَاءَ صَحِيحٌ ظَاهِرًا وَقتَ القَتلِ فَأَورَثَ شُبهَة، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَتَلَهُ قَبلَ القَضَاءِ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ لَم تَصِر حُجَّة بَعدُ، وَلِأَنَّهُ ظَنَّهُ مُبَاحَ الدَّمِ مُعتَمِدًا عَلَى دَلِيل مُبِيح، فَصَارَ كَمَا إِذَا ظَنَّهُ حَربِيًّا وَعَلَيهِ عَلَامَتُهُم، وَتَجِبُ الدِّيَةُ فِي

بالاجتناب عن محظور دينه ولا ولاية له على الشهادة، ولكن القاضي [٥٨٠/ب] جهل، حيث اكتفى بهذا القدر، فلا يضمن، بخلاف ما لو قال: إنه حر أو مسلم، فالحرية أو الإسلام تثبت ولاية الشهادة، فقد أثبت ما له أثر في الإتلاف، فلهذا افترقا.

قوله: (فَضَرَبَ رجلٌ عُنُقَهُ) أي: قتله عمدًا.

وفي الكافي[1]: إذا أمر الإمام برجمه فقتله رجل عمدًا أو خطأً بعد الشهادة قبل التعديل أو بعده قبل القضاء بالرجم، فعلى القاتل القود في العمد، والدية على العاقلة في الخطأ، ولو قتله بعد القضاء برجمه ثم وجد الشهود عبيدًا أو كفارًا أو محدودين في القذف فالقياس أن يجب القصاص؛ لأنه قتل نفسًا محقون الدم عمدًا؛ لأنه لما ظهر أن الشهود عبيد تبين أن القضاء لم يصح ولم يصر مباح الدم.

وقد قتله بفعل لم يؤمر به، إذ المأمور به الرجم دون حز رقبته، فلم يوافق أمر القاضي ليصير فعله منقولًا إليه، فبقي الإباحة، وهذا لأنه لو نفذ ظاهرًا وباطنًا تثبت حقيقة الإباحة، فإذا نفذ من وجه دون وجه تثبت شبهة الإباحة، بخلاف ما لو قتله قبل القضاء؛ لأن الشهادة لا تصير حجة بدونه، ولأنه قتل شخصًا على ظن أنه مباح الدم ثم ظهر بخلافه، وسيجيء إن شاء الله.

---

(١) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للفخر الزيلعي (٣/ ١٩٤).

مَالِهِ؛ لِأَنَّهُ عَمدٌ، وَالعَوَاقِلُ لَا تَعقِلُ العَمدَ، وَيَجِبُ ذَلِكَ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ؛ لِأَنَّهُ وَجَبَ بِنَفسِ القَتلِ (وَإِن رُجِمَ ثُمَّ وُجِدُوا عَبِيدًا فَالدِّيَةُ عَلَى بَيتِ المَالِ)؛ لِأَنَّهُ امتَثَلَ أَمرَ الإِمَامِ فَنَقَلَ فِعلَهُ إِلَيهِ، وَلَو بَاشَرَهُ بِنَفسِهِ تَجِبُ الدِّيَةُ فِي بَيتِ المَالِ لِمَا ذَكَرنَا كَذَا هَذَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا ضَرَبَ عُنُقَهُ؛ لِأَنَّهُ لَم يَأتَمِر أَمرَهُ (وَإِذَا شَهِدُوا عَلَى رَجُل بِالزِّنَا

قوله: (لأنه) أي: ذلك المال **(وجب بنفس القتل)** وكل مال يجب بنفس القتل لا بمعنى يحدث من بعده يجب في ثلاث سنين، كالدية بقضية عمر، وفي قتل الأب ابنه عمدًا تجب في ماله في ثلاث سنين، بخلاف بدل الصلح عن القود، حيث يجب حالًا؛ لأنه يجب بعقد الصلح لا بنفس القتل، فأشبه الثمن في البيع.

قوله: (وَإِنْ رَجَمَ) على بناء الفاعل، معطوف على قوله: **(فضرب رجل عنقه)** أو **(رجمه)**.

وفي لفظ مبسوط البكري: رجمه بالحجارة.

ولفظ مبسوط السَّرَخْسِي(١): وإن كان هذا الرجل قتله رجمًا.

قوله: (لأنه) أي: الضارب بعنفه **(لم يأتمر أمر الإمام)** لأنه أمر بالرجم دون حز الرقبة، ثم القاضي إذا أمر بالرجم أو بالجلد هل يسع لمن لم يعاين الشهادة أو سبب وجوب الرجم أو الجلد؟ فعند أبي حنيفة وأبي يوسف: يسع؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَطِيعُواْ ٱللَّهَ﴾ [ال عمران: ١٣٢] الآية.

وعن محمد: لا يسع لمن لم يشاهد الشهادة ولم يتحقق سبب الوجوب، وقد أفتى فقهاء ما وراء النهر بقول محمد؛ لغلبة الفساد على القضاة فلا يؤتمنون، على الخصوص في الحدود التي تندرئ بالشبهات.

وقد فصّل بعض المشايخ في ذلك فقال: القضاة أربعة: عالم وعادل، وهذا واجب الطاعة، فيجب الائتمار، وعادل جاهل، وهذا يسأل عن كيفية ثبوت ما يثبت عنده، فإذا أخبر بما يوافق الشرع قُبِل قوله وعُمِل به.

وظالم عالم، وظالم جاهل، وهذان لا يقبل قولهما ولا يلتفت إليهما،

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٩/ ٦٣).

وَقَالُوا: تَعَمَّدنَا النَّظَرَ، قُبِلَت شَهَادَتُهُم)؛ لِأَنَّهُ يُبَاحُ النَّظَرُ لَهُم ضَرُورَةَ تَحَمُّلِ الشَّهَادَةِ فَأَشبَهَ الطَّبِيبَ وَالقَابِلَةَ (وَإِذَا شَهِدَ أَربَعَةٌ عَلَى رَجُل بِالزِّنَا، فَأَنكَرَ الإِحصَانَ وَلَهُ امرَأَةٌ قَد وَلَدَت مِنهُ، فَإِنَّهُ يُرجَمُ) مَعنَاهُ: أَن يُنكِرَ الدُّخُولَ بَعدَ وُجُودِ سَائِرِ الشَّرَائِطِ؛ لِأَنَّ الحُكمَ بِثَبَاتِ النَّسَبِ مِنهُ حُكمٌ بِالدُّخُولِ عَلَيهِ، وَلِهَذَا: لَو طَلَّقَهَا يُعقِبُ الرَّجعَةَ وَالإِحصَانَ يَثبُتُ بِمِثلِهِ (فَإِن لَم تَكُن وَلَدَت مِنهُ وَشَهِدَ عَلَيهِ بِالإِحصَانِ رَجُلٌ وَامرَأَتَانِ

وقيل: يسأل الثالث عن ثبوت الحكم عنده، فإن وافق مقتضى عمله عُمِل به، وإن ظهر فيه أثر ظلمه تُرِك.

قوله: (وَقَالُوا تَعَمَّدْنَا النَّظَرَ) أي: إلى موضع الزنا من الزانية، وبه صرح قاضي خان **(قُبِلَتْ شهادتهم)** وبه قال الشافعي في المنصوص، ومالك وأحمد، وإن كان النظر إلى الفرج عمدًا فسقًا، إلا أن التعمد لإقامة حسبة الشهادة مباح شرعًا لضرورة تحمل الشهادة؛ إذ الشهادة لا تحل لهم ما لم يروا كالميل في المكحلة، والنظر إلى العورة عند الحاجة لا يوجب الفسق، كنظر القابلة والحافظة والخَتَّان والطبيب، حتى لو قالوا: تعمدنا النظر للتلذذ لا تقبل إجماعًا.

وفي جامع السَّرَخْسِي(١): قال بعض العلماء: لا تقبل شهادتهم، وبه قال الإِصْطَخْرِي من أصحاب الشافعي؛ لإقرارهم بالفسق على أنفسهم؛ إذ النظر إلى عورة الغير قصدًا فسق، وإذا لم تقبل شهادتهم إذا لم يثبتوا كيفية النظر لاحتمال أن يكون ذلك وقع اتفاقًا لا قصدًا.

وقلنا: النظر مباح للحاجة إلى آخر ما ذكرنا.

قوله: (حكم بالدخول عليه) أي: على الرجل شرعًا وبإقرارهما؛ إذ هما يقران أن الولد ولدهما، ولو ثبت الدخول بشهادة شاهدين يثبت الإحصان، فإذا ثبت بشهادة الشرع وبإقرارهما أولى.

وعند الشافعي ومالك وأحمد: لا يثبت بذلك الاحتمال أنه من غير الدخول على وجه الصحة.

---

(١) ينظر: البناية شرح الهداية للعيني (٦/ ٣٤٥).

رُجِمَ) خِلَافًا لِزُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ؛ فَالشَّافِعِيُّ مَرَّ عَلَى أَصلِهِ أَنَّ شَهَادَتَهُنَّ غَيرُ مَقبُولَة فِي غَيرِ الأَموَالِ، وَزُفَرُ يَقُولُ: إِنَّهُ شَرطٌ فِي مَعنَى العِلَّةِ؛ لِأَنَّ الجِنَايَةَ تَتَغَلَّظُ عِندَهُ فَيُضَافُ الحُكمُ إِلَيهِ فَأَشبَهَ حَقِيقَةَ العِلَّةِ، فَلَا تُقبَلُ شَهَادَةُ النِّسَاءِ فِيهِ احتِيَالًا لِلدَّرءِ، فَصَارَ كَمَا إِذَا شَهِدَ ذِمِّيَّانِ عَلَى ذِمِّيٍّ زَنَى عَبدُهُ المُسلِمُ أَنَّهُ أَعتَقَهُ قَبلَ الزِّنَا لَا تُقبَلُ لِمَا

قوله: (خلافًا لزفر والشافعي) وبه قال مالك وأحمد؛ لأن شهادتهن في غير الأموال لا تقبل عندهم.

وزفر يقول: الإحصان شرط في معنى العلة؛ لأنه مكمل للعقوبة، والمكمل للعقوبة كالموجب لأصل العقوبة، فكما لا يثبت أصل العقوبة بشهادتهن فكذا تكميلها، ولأن الشرط يضاف إليه الحكم وجودًا عنده، كما يضاف إلى العلة ثبوتًا بها، وضرر العقوبة لا يثبت بالوجوب، [٥٨١ /أ] وإنما يثبت بالوجوب والاستيفاء، فصار له حكم العلل.

قوله: (عَلَى ذِمِّيٍّ زَنَى عَبْدُهُ الْمُسْلِمُ) وقد [اجتمع العبد][١] شرائط الإحصان لا تقبل، مع أن شهادة أهل الذمة بالعتق على الذمي مقبولة في غير هذه الحالة؛ لما ذكرنا أن المقصود بالشهادة على الإحصان تغليظ العقوبة، وبالنظر إلى المقصود تغليظ على المسلم، فلا تقبل.

ولنا؛ أن الإحصان خصال حميدة، وأنها مانعة عن الزنا، والمانع للشيء لا يكون علة ولا سببًا له كما بيناه، ولا شرطًا أيضًا، فضلًا عن أن يكون في معنى العلة؛ لأن الشرط ما يتوقف الحكم على وجوده بعد السبب.

ولا يتوقف وجوب الرجم على إحصان يحصل بعد الزنا، فإن بذلك الإحصان لا يرجم إجماعًا، ولكنه إذا ثبت كان معرفًا بحكم الزنا، فأما أن يوجد الزنا بصورته ويتوقف انعقاده على الإحصان بعده فلا، وما للمعرف حكم العلة والسبب بوجه.

فصار كما لو شهدوا به في غير هذه الحالة، بأن شهد رجل وامرأة على رجل بالتزوج والدخول تقبل، حتى لو طلقها يجب كمال المهر. إليه أشار في

---

(١) كذا في الأصل والصواب: (اجتمع في العبد) ليستقيم المعنى.

ذَكَرنَا. وَلَنَا: أَنَّ الإِحصَانَ عِبَارَةٌ عَن الخِصَالِ الحَمِيدَةِ، وَأَنَّهَا مَانِعَةٌ مِن الزِّنَا عَلَى مَا ذَكَرنَا، فَلَا يَكُونُ فِي مَعنَى العِلَّةِ وَصَارَ كَمَا إِذَا شَهِدُوا بِهِ فِي غَيرِ هَذِهِ الحَالَةِ، بِخِلَافِ مَا ذُكِرَ؛ لِأَنَّ العِتقَ يَثبُتُ بِشَهَادَتِهِمَ، وَإِنَّمَا لَا يَثبُتُ سَبقُ التَّارِيخِ؛ لِأَنَّهُ يُنكِرُهُ المُسلِمُ أَو يَتَضَرَّرُ بِهِ المُسلِمُ (فَإِن رَجَعَ شُهُودُ الإِحصَانِ لَا يَضمَنُونَ) عِندَنَا خِلَافًا لِزُفَرَ وَهُوَ فَرعُ مَا تَقَدَّمَ.

المباسيط وشروح الجامع وطريقة الغزنوي[1].

قوله: (بِخِلَافِ مَا ذُكِرَ) أي: زفر في شهادة أهل الذمة بإعتاق عبده المسلم (**لأن العتق يثبت بشهادتهما وإنما لا يثبت سبق التاريخ؛ لأن المسلم ينكره**) وما ينكره المسلم لا يثبت بشهادة أهل الذمة، ولأن المسلم يتضرر بسبق التاريخ من حيث تغليظ العقوبة عليه، فلا يجوز أن يتضرر المسلم بشهادة الكفار. كذا في المبسوط[2].

أما شهادة النساء في غير الحدود مقبولة وإن تضرر به المسلم.

قوله: (وَهُوَ فَرْعُ مَا تَقَدَّمَ) أن ضمان شهود الإحصان فرع المسألة الأولى، فإن عند زفر لما كان الإحصان شرطًا في معنى العلة يضاف التلف إليه.

للشافعي في ضمان شهود الإحصان ثلاثة أوجه:

أحدها: لا ضمان عليهم، وهو قولنا.

والثاني: يجب، وهو قول زفر.

والثالث: إذا رجعوا مع الشهود على الزنا إن شهدوا بالإحصان قَبْلَ ثبوت الزنا لم يضمنا، ولو شهدوا بعد ثبوت الزنا ضمنا.

وفي قدر ما يضمنان من الدية وجهان: يضمنان نصف الدية، والثاني: ثلث الدية. كذا في الحلية[3].

فرع

ولو أنكر الإحصان بعد ثبوت الزنا فشهدوا أنه تزوج بامرأة ودخل بها يثبت

---

(١) ينظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم الحنفي (٥/ ٢٧).
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٩/ ٤٢).
(٣) حلية العلماء للشاشي (٨/ ٣١٧).

بَابُ حَدِّ الشُّربِ

(وَمَن شَرِبَ الخَمرَ فَأُخِذَ وَرِيحُهَا مَوجُودَةٌ، أَو جَاؤُوا بِهِ سَكرَانَ، فَشَهِدَ الشُّهُودُ عَلَيهِ بِذَلِكَ فَعَلَيهِ الحَدُّ، وَكَذَلِكَ إِذَا أَقَرَّ وَرِيحُهَا مَوجُودَةٌ) لِأَنَّ جِنَايَةَ الشُّربِ

إحصانه، حتى يرجمُ، كما لو قال: وطئها وجامعها عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وبه قالت الأئمة الثلاثة.

وقال محمد: لا يثبت إحصانه، فلا يرجم، كما لو شهد أنه قربها أو أتاها؛ لأن الدخول بها يراد به الجماع، ويراد به الخلوة، فلا يثبت الإحصان بالشك.

وقلنا: المراد بالدخول بها الجماع عرفًا وشرعًا، قال تعالى: ﴿مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلۡتُم بِهِنَّ﴾ [النساء:٢٣] والمراد به الجماع بالإجماع.

ولو شهد أربعة زناة بامرأة، وأربعة أخرى بامرأة أخرى، فَرَجَمَ، فرجع الفريقان، ضمنوا ديته بالإجماع وحدوا للقذف عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وبه قال أحمد.

وقال محمد: لا يحدون، وبه قال الشافعي؛ لأن رجوع كل فريق معتبر في حقه لا في حق غيره، فصار في حق كل فريق كأن الفريق الآخر على شهادته.

وقلنا: كل فريق التزم حد القذف على نفسه برجوعه؛ لاعتقاد أنه عفيف قتل ظلمًا، والمرء مؤاخذ بزعمه، ولو شهدوا على الزنا وأقرَّ به مرة حُدَّ عند محمد، وبه قالت الأئمة الثلاثة؛ لأن البينة وقعت معتبرة، فلا تبطل بالإقرار.

وعند أبي حنيفة وأبي يوسف: لا يحد وهو الأصح؛ لأن شرط قبول البينة الإنكار، وقد عدم، أما لو أقر أربع مرات لا يحد عند علمائنا، وعند الأئمة الثلاثة يحد.

باب حد الشرب

قدم حد الزنا على الشرب؛ لما أن دعاء الطبع إلى الزنا أكثر عند فرط الشبق، ولهذا ضربه أشد من ضرب الشرب، أو لأن في الزنا قتل النفس كما بينا، وفي شرب الخمر فوات العقل، والعقل كالتابع للنفس.

قوله: (**فشهد الشهود عليه**) أي: على شارب الخمر (**بذلك**) أي: بشرب الخمر مع وجود الرائحة، أو شهدوا على شرب الخمر مع مجيئهم به وهو

قَد ظَهَرَت وَلَم يَتَقَادَم العَهدُ. وَالأَصلُ فِيهِ قَولُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: ....

سكران، ولكن الروايات في الشروح مقيدة بوجود الرائحة في حق وجوب الحد على شارب الخمر عندهما، سواء ثبت وجود الحد بالشهادة أو بالإقرار، غير أن وجودها عندهما في الشهادة يشترط عند التحمل لا حالة الأداء، إليه أشار في الكتاب بقوله: (فشهد الشهود عليه...) إلى آخره.

وعن محمد: لا يشترط، وبه قالت الأئمة الثلاثة، والأصل أن التقادم في هذا الحد [٥٨١/ب] يمنع قبول الشهادة عند علمائنا الثلاثة، غير أنه قدر التقادم عندهما بذهاب الرائحة، وعند محمد قدر بالزمان كما في حد الزنا والسرقة.

يقال: اسْتَنْكَهْتُ الشاربَ، ونَكَهْتُه: تَشَمَّمْتُ نَكْهَتَه، أي: رِيحَ فَمِهِ، ونَكَهَ الشاربُ في وجهي أيضًا: إذا تَنَفَّسَ، يَتَعَدَّى ولا يَتَعَدَّى، وهو من باب (مَنَعَ).

والمُدَامَة والمُدَام: الخمر، على وزن الفعل، من الدَّوْم. يُرْوَى الشعرُ بروايتين: بدون كلمة (قد) بإظهار الهمزة في (إِنْكَهْ): [البحر الطويل].

يَقُولُونَ لِي إِنْكَهْ، شَرِبْتَ مُدَامَةً ....

والأخرى: بكلمة (قد) من غير إظهار الهمزة: [البحر الطويل].

يَقُولُونَ لِي انْكَهْ، قَدْ شَرِبْتَ مُدَامَةً ....

فرواية المغرب[١] نهاية بزيادة (قد).

وقال آخر:

سَفَرْجَلَةٌ تَحْكِي ثُدِيَّ النَّوَاهِدِ لَهَا عَرْفُ ذي فِسْقٍ وصُفْرَةُ زاهِدِ[٢]

وهما يتعلقان بحديث ابن مسعود، روي أن رجلًا جاء بابن أخ له إلى ابن مسعود، فأقر عنده بشرب الخمر، فقال ابن مسعود: بئس والي اليتيم أنت، لا أدبتَه صغيرًا ولا سترته كبيرًا، فقال: تَلْتِلُوهُ وَمَزْمِزُوهُ وَاسْتَنْكِهُوهُ، فإن وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه. كذا في جامع العتابي[٣].

---

(١) المغرب للمطرزي (ص: ٤٧٣).

(٢) ذكره الزمخشري في ربيع الأبرار (٦/ ٣٣).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني (٧/ ٥١)، الاختيار لتعليل المختار لابن مودود الموصلي (٤/ ٩٨).

«مَن شَرِبَ الخَمرَ فَاجلِدُوهُ، فَإِن عَادَ فَاجلِدُوهُ».

(وَإِن أَقَرَّ بَعدَ ذَهَابِ رَائِحَتِهَا لَم يُحَدَّ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يُحَدُّ)(*) وَكَذَلِكَ إِذَا شَهِدُوا عَلَيهِ بَعدَ مَا ذَهَبَ رِيحُهَا وَالسُّكرُ لَم يُحَدَّ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يُحَدُّ، فَالتَّقَادُمُ يَمنَعُ قَبُولَ الشَّهَادَةِ بِالِاتِّفَاقِ، غَيرَ أَنَّهُ مُقَدَّرٌ بِالزَّمَانِ عِندَهُ اعتِبَارًا بِحَدِّ الزِّنَا، وَهَذَا لِأَنَّ التَّأخِيرَ يَتَحَقَّقُ بِمُضِيِّ الزَّمَانِ، وَالرَّائِحَةُ قَد تَكُونُ مِن غَيرِهِ، كَمَا قِيلَ:

يَقُولُونَ لِي: إِنَّكَ شَرِبتَ مُدَامَا ... فَقُلتُ لَهُم: لَا بَل أَكَلتُ السَّفَرجَلَا

التلتلة والترترة: التحريك، والمزمزة: التحريك بعنف، والاستنكاه: طلب النكهة.

وعن عمر رضي الله عنه أنه أُتِيَ برجل قد شرب الخمر بعدما ذهبت رائحته، واعترف به، فعزره ولم يحده.

فإن قيل: هذا استدلال بنفي الحكم عند عدم الشرط، وهو فاسد عندنا.

قلنا: لا بل هذا استدلال بعدم الإجماع؛ لأن حديث الشرب يثبت بإجماع الصحابة، فلا يحد.

فإن قيل: إن لم يوجد الإجماع فقد وجد النص، وهو قوله عليه السلام: «مَنْ شَرِبَ الخمرَ فاجْلِدوهُ» الحديث رواه أبو داود[1] بلا قيد اشتراط الرائحة.

قلنا: خص منه الشرب اضطرارًا وإكراهًا، فتمكنت الشبهة، فلا يصح إيجاب الحد به.

(عند حد اعتباره)[2] أي: اعتبار قيام الأثر.

وفي الذخيرة والمبسوط[3] والمحيط: المعنى فيه أنه أقر على نفسه بحق، ويُصَدِّق إقرارَه علامةٌ، وهي الرائحة، فوجب أن يشترط وجوب تلك العلامة لتصديقه في إقراره، فَقِسْ على ما إذا أقر بـ(قطعت يد فلان) فإن كان يد فلان

(*) الراجح: قول محمد.

(١) تقدم تخريجه قريبا.

(٢) كذا بالأصل، ونص المتن: (عند تعذر اعتباره).

(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ٦٧).

وَعِندَهُمَا: يُقَدَّرُ بِزَوَالِ الرَّائِحَةِ، لِقَولِ ابنِ مَسعُود: فَإِن وَجَدتُم رَائِحَةَ الخَمرِ فَاجلِدُوهُ.

وَلِأَنَّ قِيَامَ الأَثَرِ مِن أَقوَى دَلَالَة عَلَى القُربِ، وَإِنَّمَا يُصَارُ إِلَى التَّقدِيرِ بِالزَّمَانِ عِندَ تَعَذُّرِ اعتِبَارِهِ، وَالتَّمييزُ بَينَ الرَّوَائِحِ مُمكِنٌ لِلمُستَدِلِّ، وَإِنَّمَا تَشتَبِهُ عَلَى الجُهَّالِ. وَأَمَّا الإِقرَارُ فَالتَّقَادُمُ لَا يُبطِلُهُ عِندَ مُحَمَّد كَمَا فِي حَدِّ الزِّنَا عَلَى مَا مَرَّ تَقرِيرُهُ. وَعِندَهُمَا: لَا يُقَامُ الحَدُّ إِلَّا عِندَ قِيَامِ الرَّائِحَةِ، لِأَنَّ حَدَّ الشُّربِ ثَبَتَ بِإِجمَاعِ الصَّحَابَةِ، وَلَا إِجمَاعَ إِلَّا بِرَأيِ ابنِ مَسعُود وَقَد شَرَطَ قِيَامَ الرَّائِحَةِ عَلَى مَا رَوَينَا.

(فَإِن أَخَذَهُ الشُّهُودُ وَرِيحُهَا تُوجَدُ مِنهُ أَو سَكرَانُ، فَذَهَبُوا بِهِ مِن مِصر إِلَى مِصر فِيهِ الإِمَامُ، فَانقَطَعَ ذَلِكَ قَبلَ أَن يَنتَهُوا بِهِ حُدَّ فِي قَولِهِم جَمِيعًا) لِأَنَّ هَذَا عُذرٌ كَبُعدِ المَسَافَةِ فِي حَدِّ الزِّنَا وَالشَّاهِدُ لَا يُتَّهَمُ فِي مِثلِهِ.

(وَمَن سَكِرَ مِن النَّبِيذِ حُدَّ) لِمَا رُوِيَ أَنَّ عُمَرَ أَقَامَ الحَدَّ عَلَى أَعرَابِيٍّ سَكِرَ مِن

مقطوعة يصدق في إقراره، وإلا فلا، والمعنى المحصل؛ احتيال الدرء.

قوله: (لأن حد الشرب يثبت بإجماع الصحابة) وإنما أضافه إلى الإجماع مع قوله عليه السلام: «**مَنْ شَرِبَ الخمرَ فاجْلِدوهُ...**» الحديث[1]؛ لما أنه من قبيل الآحاد، وبمثله لا يثبت الحد، والإجماع حجة قطعية فتثبت به، والشاهد لا يتهم في مثله، يعني في صورة زوال الرائحة بالعذر.

وفي المحيط[2]: كما لو زالت الرائحة بالمعالجة، والأصل فيه أن قومًا شهدوا عند عثمان ﷺ على عقبة بشرب الخمر، وهو كان بالكوفة، فحمله عثمان إلى المدينة وأقام الحد عليه.

قوله: (وَمَنْ سَكِرَ مِنَ النَّبِيذِ حُدَّ...) إلى آخره، وعند الأئمة الثلاثة: كل ما أسكر كثيره فقليله حرام، وله حكم الخمر في الحد، على ما يجيء في الأشربة إن شاء الله تعالى.

والمراد بالنبيذ ما غلا واشتد، سواء كان من الزبيب والتمر، أو التمر

---

(١) تقدم تخريجه قريبا.

(٢) ينظر: البناية شرح الهداية للعيني (٦/ ٣٥٣).

النَّبِيذِ. وَسَنُبَيِّنُ الكَلَامَ فِي حَدِّ السُّكرِ وَمِقدَارِ حَدِّهِ المُستَحَقِّ عَلَيهِ إن شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

(وَلَا حَدَّ عَلَى مَن وُجِدَ مِنهُ رَائِحَةُ الخَمرِ أَو تَقَيَّأَهَا) لِأَنَّ الرَّائِحَةَ مُحتَمَلَةٌ،

والزبيب، أو التمر إذا نقع في الماء ويترك أيامًا حتى تخرج حلاوته إلى الماء ثم يطبخ أدنى طبخة، فما دام حلواً يحل شربه، ولو غلا واشتد وقذف بالزبد على قول أبي حنيفة يحرم ما أسكر دون ما لم يسكر، يعني قليله غير حرام، ويجيء هذا في الأشربة.

واختلفوا في وجوب الحد؛ فقال الشافعي ومالك وأحمد والأوزاعي وحسن وقتادة وعمر بن عبد العزيز: كالخمر يحد في قليله وكثيره.

وعندنا والنخعي وأبي وائل: لا يحد إلا أن يسكر.

وقال أبو ثور: من شربه متناولًا فلا حد عليه؛ لأنه مختلف فيه، فأشبه النكاح بلا ولي.

قوله: (ومن وجد منه رائحة الخمر) لا حد عليه، وبه قال الشافعي وأحمد في رواية، والثوري.

وعن أحمد: يحد في الرائحة، وبه قال مالك؛ لما رُوي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: إني وجدت من عبيد الله ريح شراب، فأقر أنه يشرب الطلاء، فقال عمر: إني سائل عنه، فإن كان سكر جلدته، ولأن الرائحة تدل على شربها، فجرى مجرى الإقرار.

وقلنا: الرائحة دليل شرب الخمر دون الطواعية، والحد لا يجب بمجرد الشرب ما لم يكن عن طوع.

قوله: (لأن الرائحة محتملة).

فإن قيل: هذا مناقض لقوله: **(والتمييز بين الروائح)**(١) قبل الاستدلال، والتمييز بعد على وجه الاستقصاء، أو التمييز ممكن لمن عاين الشرب، والاحتمال لمن لم يعاينه، فكان اعتبار ذلك في حق التقادم.

وحديث عمر رضي الله عنه حجة لنا، فإنه لم يحده بوجود الرائحة، ولو وجب ذلك لبادر إليه عمر، مع أنه شاذ [٥٨٢/أ] ومحتمل، ولا يثبت بمثله الحد، كالبنج

---

(١) انظر المتن ص ٩٤.

وَكَذَا الشُّربُ قَد يَقَعُ عَن إكرَاهٍ أَو اضطِرَارٍ (وَلَا يُحَدُّ السَّكرَانُ حَتَّى يُعلَمَ أَنَّهُ سَكِرَ مِن النَّبِيذِ وَشَرِبَهُ طَوعًا) لِأَنَّ السُّكرَ مِن المُبَاحِ لَا يُوجِبُ الحَدَّ كَالبَنجِ وَلَبَنِ الرِّمَاكِ، وَكَذَا شُربُ المُكرَهِ لَا يُوجِبُ الحَدَّ (وَلَا يُحَدُّ حَتَّى يَزُولَ عَنهُ السُّكرُ) تَحصِيلا لِمَقصُودِ الِانزِجَارِ.

(وَحَدُّ الخَمرِ وَالسُّكرِ فِي الحُرِّ ثَمَانُونَ سَوطًا) لِإِجمَاعِ الصَّحَابَةِ ﵃ (يُفَرَّقُ

ولبن الرِّماك، وبه قالت الأئمة الثلاثة.

وفي النهاية[١]: هذا مخالف لما ذكره الإمام المحبوبي في جامعه، وعن أبي حنيفة أن من زال عقله بالبنج، إن عُلم أنه بالبنج حين أكل - يقع طلاقه وعتاقه، وإن لم يعلم لا يقع.

ثم قال[٢]: والسكر من هذه الأشربة، وأشار إلى الأشربة المتخذة من الحبوب، كالحنطة والشعير والذرة والشهد والعسل والفرصاد وغيرها، حرام بالإجماع؛ لأن السكر من البنج حرام مع أنه مأكول غير مشروب، فمن المشروب أولى.

وبعض المشايخ قال: في زماننا الفتوى على ما إذا سكر من البنج يقع طلاقه ويُحَدُّ؛ لِفُشُوِّ هذا الفعل فيما بين الناس.

قوله: (**وَلَا يُحَدُّ حَتَّى يَزُولَ عَنْهُ السُّكْرُ**) وبه قالت الأئمة الثلاثة (**تحصيلًا لمقصود الانزجار**) وذلك بالتألم؛ ليتأدب به، والظاهر أنه لم يتألم في حال السكر؛ لأنه ربما يتوهم أن الضارب يمازحه، وتأخير الحد بعذر جائز. كما في المبسوط.

قوله: (**وحَدُّ الخمر والسُّكْر**) بضم السين وسكون الكاف، أي: السكر من غير الخمر؛ إذ في الخمر غير موقوف إلى السكر بالإجماع، وفي غيرها من المسكرات موقوف على السُّكر عندنا، خلافًا للأئمة الثلاثة، وسيجيء في الأشربة إن شاء الله تعالى.

(**ثمانون سوطًا**) وبه قال مالك، وأحمد في رواية، واختاره ابن المنذر.

---

(١) ينظر: البناية شرح الهداية للعيني (٦/ ٣٥٥).
(٢) ينظر: البناية شرح الهداية للعيني (٦/ ٣٥٥).

عَلَى بَدَنِهِ كَمَا فِي حَدِّ الزِّنَا) عَلَى مَا مَرَّ ثُمَّ يُجَرَّدُ فِي المَشهُودِ مِن الرِّوَايَةِ. وَعَن مُحَمَّد: أَنَّهُ لَا يُجَرَّدُ إظهَارا لِلتَّخفِيفِ، لِأَنَّهُ لَم يَرِد بِهِ نَصٌّ. وَوَجهُ المَشهُورِ: أَنَّا أَظهَرنَا التَّخفِيفَ مَرَّة فَلَا يُعتَبَرُ ثَانِيًا ....

وقال الشافعي وأحمد في رواية: أربعون، فلو ضرب قريبًا من ذلك بأطراف الثياب والنعال كفى على أصح الوجهين عنده، ولو رأى الإمام أن يجلده ثمانين جاز على الأظهر؛ لما روي أنه عليه السلام أُتِيَ بشارب الخمر فقال: «**اضربوهُ**» فضربوه بالأيدي والنعال وأطراف الثياب، وحثوا عليه التراب، ثم قال: «**بَكِّتُوهُ**[1] فَبَكَّتُوهُ، ثم أرسله[2].

وضرب أبو بكر رضي الله عنه أربعين في الخمر حياتَهُ، ثم عمر رضي الله عنه، ثم تتابع الناس في الخمر، فضربه ثمانين، وفي وجه عنده: يتعين الجلد بالسياط؛ لما رُوي عن عمر وعليٍّ الجلدُ بالسوط، واستقر الأمر عليه.

ولنا إجماع الصحابة في زمن عمر، فإنه روي أن عمر استشار الناس في حد الخمر، فقال عبد الرحمن بن عوف: اجعله كأحد الحدود ثمانين سوطًا، وقال عليٌّ في المشورة: إذا سكر هَذَى، وإذا هذى افترى، فَحُدَّهُ حَدَّ الافتراء. رواه الجوزجاني والدارقطني وغيرهما، فضرب ثمانين.

وكتب عمر إلى خالد وأبي عبيدة بالشام، وروي أنه لما أتي بالشارب عند النبي ﷺ كان عنده أربعون رجلًا «**فأمَرهُمْ أن يَضرِبَه كلُّ واحدٍ بنَعلَيهِ**»[3] وجعل ذلك عمر ثمانين سوطًا، فأجمع الصحابة على العمل به، واستقر الأمر على ذلك. كذا في المبسوط[4] والأسرار. وما رُوي عن عثمان وعليٍّ قبل اجتماعهم على الثمانين.

قوله: (**وعن محمد أنه لا يجرد**) وبه قالت الأئمة الثلاثة (**إظهارًا للتخفيف**) لأنه لم يثبت بالنص القاطع، كذا قيل.

قوله: (**أظهرنا التخفيف مرة**) ينتقص العدد عن حد الزنا (**فلا يعتبر ثانيًا**) من

---

(١) التبكيت: التقريع والتوبيخ. القاموس المحيط (١/ ١٤٧).

(٢) بنحوه أخرجه أبو داود (٤/ ١٦٢- ١٦٣ رقم ٤٤٧٧، ٤٤٧٨) وهو عند البخاري (٨/ ١٥٨ رقم ٦٧٧٧) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه بدون لفظة: «بكتوه».

(٣) انظر تخريج الحديث السابق.

(٤) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٤/ ٤٠).

(وَإِن كَانَ عَبدًا فَحَدُّهُ أَربعُونَ سَوطًا) لِأَنَّ الرِّقَّ مُتَّصِفٌ عَلَى مَا عُرِفَ.

(وَمَن أَقَرَّ بِشُربِ الخَمرِ أَوِ السَّكَرِ، ثُمَّ رَجَعَ لَم يُحَدَّ) لِأَنَّهُ خَالِصُ حَقِّ اللَّهِ تَعَالَى (وَيَثبُتُ الشُّربُ بِشَهَادَةِ شَاهِدَينِ وَيَثبُتُ بِالإِقرَارِ مَرَّةً وَاحِدَةً) وَعَن أَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ يَشتَرِطُ الإِقرَارَ مَرَّتَينِ(*)، أو وَهُوَ نَظِيرُ الِاختِلَافِ فِي السَّرِقَةِ، وَسَنُبَيِّنُهَا: هُنَاكَ إِن شَاءَ اللَّهُ (وَلَا تُقبَلُ فِيهِ شَهَادَةُ النِّسَاءِ مَعَ الرِّجَالِ) لِأَنَّ فِيهَا شُبهَةَ البَدَلِيَّةِ وَتُهمَةَ الضَّلَالِ وَالنِّسيَانِ.

حيث الصفة بترك التجريد.

قوله: (وَإِنْ كَانَ عَبْدًا فَحَدُّهُ أَرْبَعُونَ)، كل من قال بأن حد الحر ثمانون وكل من قال بأن حد الحر أربعون فحد العبد عشرون عنده، وهذا ظاهر.

قوله: (من أقر بشرب الخمر والسَّكَر) بفتح السين والكاف؛ لأن شرب السُّكْر، بضم السين، مما لا يصح.

وفي المغرب[1]: السَّكَر، بفتحتين: عصير الرُّطَب إذا اشتد، وهو في الأصل مصدر (سَكِرَ) من الشراب، سُكْرًا وسَكَرًا.

وقيل: يجوز بضم السين، أي: أقر بالسُّكْر من الأشربة غير الخمر؛ إذ السكر شرط فيها عندنا.

(ثم رجع) أي: عن الإقرار (لم يُحَدَّ) بالإجماع.

قوله: (بالإقرار مرة واحدة) وبه قال عامة أهل العلم إلا رواية عن أبي يوسف.

قوله: (ولا تقبل شهادة النساء مع الرجال) ولا نعلم فيه خلافًا (لأن فيها) أي: شهادة النساء (شبهة البدلية) لقوله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ﴾ [البقرة:٢٨٢] فاعتبر شهادة النساء مع الرجال عند عدم نصاب الرجال، ولم يرد به حقيقة بالإجماع، فأورث ظاهره شبهة، كما بُيِّن في الأصول.

(وتهمة الضلال) لقوله تعالى: ﴿أَن تَضِلَّ إِحْدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَىٰهُمَا ٱلْأُخْرَىٰ﴾

(*) الراجح: قول أبي حنيفة ومحمد.

(١) المغرب للمطرزي (ص: ٢٢٩).

(وَالسَّكرَانُ الَّذِي يُحَدُّ هُوَ الَّذِي لَا يَعقِلُ مَنطِقا، لَا قَلِيلًا وَلَا كَثِيرًا، وَلَا يَعقِلُ الرَّجُلَ مِن المَرأَةِ) قَالَ العَبدُ الضَّعِيفُ: (وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: هُوَ الَّذِي يَهذِي وَيَختَلِطُ كَلَامُهُ) لِأَنَّهُ هُوَ السَّكرَانُ فِي العُرفِ، وَإِلَيهِ مَالَ أَكثَرُ المَشَايِخِ.

[البقرة ٢٨٢] وفي الكشاف[(١)]: أن تضل، أي: لا تهتدي إحداهما للشهادة، بأن تنساها، من: ضَلّ الطريقَ، إذا لم يهتد إليه.

وفي التيسير: الضلال: النسيان، وقوله: ﴿فَتُذَكِّرَ إِحۡدَىٰهُمَا﴾ [البقرة ٢٨٢] أي: تزيل نسيانها.

قوله: (وَالسَّكْرَانُ الَّذِي يُحَدُّ هُوَ...) إلى آخره، وهذا في الأشربة المحرمة سوى الخمر؛ لأن الحد في غيرها يتعلق بالسكر، وفي الخمر بشرب قطرة.

وفي الفوائد الظهيرية[(٢)]: قال أبو حنيفة: السكران [٥٨٢/ب] هو الذي لا يعقل منطقًا قليلًا ولا كثيرًا، ولا يعقل الرجال من النساء، ولا الأرض من السماء، ولا الفرو من القباء، وإنما **قال: (وهذا عند أبي حنيفة)** لأن الذي ذكره: **(والسكران الذي يحد)** إلى هذا - لفظُ الجامع الصغير من غير ذكر خلاف، فبين المصنف الخلاف.

قوله: (وقالا هو الذي يهذي...) إلى آخره، وبقولهما قال الشافعي وأحمد ومالك وأبو ثور **(هو الذي يهذي)** أي: غالب كلامه الهذيان، فإن كان نصف كلامه هذيانًا ونصفه مستقيمًا فليس بسكران؛ لأن السكران في العرف من اختلط كلامُهُ جِدُّهُ بِهَزْلِهِ، ولا يستقر على شيء. كذا في جامع قاضي خان، وتَأَيَّدَ ذلك بقول عليٍّ ﷺ: إذا سكر هَذَى... إلى آخره.

وعن ابن الوليد: سألت أبا يوسف عن السكران الذي عليه الحد أن يُستقرأ ﴿قُلۡ يَٰٓأَيُّهَا ٱلۡكَٰفِرُونَ ١﴾ [الكافرون:١] ولا يقدر عليه، فقلت له: كيف عينت هذه السورة، وربما أخطأ فيها الصاحي، قال: لأن تحريم الخمر نزل فيمن شرع فيها فلم يستطع قراءتها.

وحُكي عن أئمة بلخ: اتفقوا على استقراء هذه السورة، ثم إن بعض الشُّرط

---

(١) الكشاف للزمخشري (١/ ٣٢٦).
(٢) ينظر: البناية شرح الهداية (٦/ ٣٥٩).

وَلَهُ: أَنَّهُ يُؤخَذُ فِي أَسبَابِ الحُدُودِ بِأَقصَاهَا دَرْءاً لِلحَدِّ. وَنِهَايَةُ السَّكرَانِ يَغلِبُ السُّرُورُ عَلَى العَقلِ فَيَسلُبُهُ التَّمييزَ بَينَ شَيءٍ وَشَيءٍ، وَمَا دُونَ ذَلِكَ لَا يَعرَى عَن شُبهَةِ الصَّحوِ، وَالمُعتَبَرُ فِي القَدَحِ المُسكِرُ فِي حَقِّ الحُرمَةِ مَا قَالَاهُ بِالإِجمَاعِ، أَخذًا بِالِاحتِيَاطِ، وَالشَّافِعِيُّ يَعتَبِرُ ظُهُورَ أَثَرِهِ فِي مِشيَتِهِ وَحَرَكَاتِهِ وَأَطرَافِهِ وَهَذَا مِمَّا يَتَفَاوَتُ فَلَا مَعنَى لِاعتِبَارِهِ.

(وَلَا يُحَدُّ السَّكرَانُ بِإِقرَارِهِ عَلَى نَفسِهِ) ....

أتى بسكران إلى أمير بلخ، فأمره الأمير أن يقرأ هذه السورة، فقال السكران: اقرأ أنت سورة الفاتحة، فلما قال الأمير: الحمد لله، قال له السكران: قف، أخطأت من وجهين.

أحدهما: أنك تركت التعوذ عند افتتاح القراءة.

والثاني: تركت التسمية، وهي آية من الفاتحة عند بعض الأئمة والقراء، فخجل الأمير وجعل يضرب الشرطي ويقول: أمرتك أن تأتيني بسكران فأتيتني بمقرئ بلخ.

وقوله: (وله) أي: لأبي حنيفة (أن الحد عقوبة) فاعتبرت النهاية في سببه احتيالًا للدرء ونهاية السكر، إلى آخره، يؤيده قوله تعالى: ﴿لَا تَقۡرَبُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَأَنتُمۡ سُكَٰرَىٰ حَتَّىٰ تَعۡلَمُواْ مَا تَقُولُونَ﴾ [النساء:٤٣] عبر عن الصحو بعلم ما يقولون، فكان السكر الذي هو ضده أن لَا يعلم ما يقول، ولهذا يقول في السكر الذي يحرم عنده الشرب أن المعتبر اختلاط الكلام، وفي الحد يؤخذ بالاحتياط في الدرء، فتعتبر النهاية، وهذا معنى قوله: **(أخذاً بالاحتياط)** أي: في الصورتين.

قوله: (وهذا) أي: ظهور الأثر في المشية **(مما يتفاوت)** فإن السكران ربما لا يتمايل في مشيته، والصاحي ربما يزلق أو يعثر في مشيته، فَيُرَى التمايلُ منه، فلم يكن ظهور الأثر في المشية دليلًا على السكر.

قوله: (وَلَا يُحَدُّ السَّكْرَانُ بِإِقْرَارِهِ عَلَى نَفْسِهِ) أي: في الحدود الخالصة، كحد الزنا وحد الشرب وحد السرقة، ولكن يضمن المسروق، ذكره في جامع العتابي[١].

---

(١) رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين (٥/ ٦٢٢).

لِزِيَادَةِ احتِمَالِ الكَذِبِ فِي إِقرَارِهِ فَيَحتَالُ لِدَرئِهِ، لِأَنَّهُ خَالِصُ حَقِّ اللَّهِ تَعَالَى. بِخِلَافِ حَدِّ القَذفِ، لِأَنَّ فِيهِ حَقَّ العَبدِ، وَالسَّكرَانُ فِيهِ كَالصَّاحِي عُقُوبَة عَلَيهِ، كَمَا فِي سَائِرِ تَصَرُّفَاتِهِ، وَلَو ارتَدَّ السَّكرَانُ لَا تَبِينُ مِنهُ امرَأَتُهُ، لِأَنَّ الكُفرَ مِن بَابِ الِاعتِقَادِ فَلَا يَتَحَقَّقُ مَعَ السُّكرِ، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد(*) رحمهما الله، وفي ظاهر الرواية تكون ردة وَٱللَّهُ أَعلَمُ.

وقيد بالإقرار؛ لأنه لو زنى وسرق في حالة السكر يحد بعد الصحو، بخلاف الإقرار. ذكره في الذخيرة[١].

قوله: (لزيادة احتمال الكذب) لأنه يخيل العقل لا يقرّ على ما يقرّ، فكان السكر دليل الرجوع، ولأنه يتكلم صادقًا وكاذبًا لسكره، بخلاف حد القذف فإنه يحبس حتى يصحو، ثم يحد للقذف، ثم يحبس حتى يخف منه الضرب، ثم يحد للسكر. ذكره في المبسوط[٢].

(لأن فيه) أي: في حد القذف (حق العبد) وكذا في القصاص وسائر الحقوق، وحق العبد لا يبطل بصريح الرجوع، فكيف بدليل الرجوع! فأُلحق بالصاحي فيها كما في سائر الحقوق من الإقرار بالمال والطلاق والعتاق وغيرها.

قوله: (فلا يتحقق) أي: الاعتقاد مع السكر.

فإن قيل: الإسلام أيضًا من باب الاعتقاد، ويصح الإسلام حالة السكر، ولأن الكفر يتحقق مع إجراء كلمة الكفر طوعًا وإن لم يتبدل اعتقاده في الصاحي، فعلم أن وجود الكفر لا يتوقف على تبدل الاعتقاد.

قلنا: السكران يميز بدليل توجه الخطاب عليه، وصحة طلاقه وعتاقه وسائر تصرفاته مع السكر؛ لأن السكر يختلط عقله ولا يتقيد، فاعتبرنا ذلك القدر من التمييز في إسلامه دون كفره؛ لأن الإسلام يعلو ولا يُعْلى، كما في المُكره، فإن إسلامه يصح دون ارتداده، بدليل ما ذكر في التيسير في قوله تعالى: ﴿لَا تَقۡرَبُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَأَنتُمۡ سُكَٰرَىٰ﴾ الآية.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة ومحمد.

(١) رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين (٥/ ٦٢٢).

(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٤/ ٣٢).

وقال: فيه دليل على أن ردة السكران غير معتبرة؛ لما أن نزولها في شأن عبد الرحمن بن عوف، فإنه صنع طعامًا ودعا بعض الصحابة فأكلوا وسقاهم خمرًا، وكان ذلك قبل تحريمها، فأمَّهم في صلاة المغرب عبد الرحمن أو غيره وقرأ ﴿قُلْ يَٰٓأَيُّهَا ٱلْكَٰفِرُونَ ۝١﴾ الآية فطرح اللّات مع أن اعتقادها كفر، ولم يكن ذلك كفرًا من ذلك القارئ - عُلِم أن السكران لا يكفر بما جرى على لسانه من ذلك الكفر.

وفي الصاحي إنما جعل كفرًا بمجرد اللفظ؛ لوجود دليل الاستخفاف في الدين؛ لثبات عقله، أما في حق السكران فليس باستخفاف منه فيه؛ لاختلاط عقله، وما [٥٨٣/أ] ذكره في الكتاب جواب الاستحسان، وفي القياس: تبين امرأته. ذكره في سير المبسوط(١).

باب حد القذف

وقد ذكرنا وجه تأخيره عن حد الشرب.

القذفُ لغةً: الرمي مطلقًا.

وفي الشرع: الرمي بالزنا، فكأن القاذف وضع حجر القذف في مقدمة لسانه ورمى به إلى المقذوف.

والقذف من الكبائر بإجماع الأمة؛ لقوله عليه السلام: «**اجْتَنِبوا السبعَ**(٢) **المُوبِقَاتِ**»، قيل: وما هن يا رسول الله؟ قال: «**الشِّركُ باللَّهِ، والسِّحرُ، وقَتلُ النّفسِ التي حرّمَ اللهُ، وأكلُ الرِّبا، وأكلُ مالِ اليتيمِ، والتولّي يومَ الزحفِ، وقذفُ المُحصناتِ المؤمناتِ الغافلاتِ**». متفق عليه(٣).

وروي أنه عليه السلام قال: «**من أقامَ الصلواتِ الخمسِ، واجتنبَ السّبعَ الكبائرَ نودِيَ يومَ القيامةِ ليدخُلَ من أيِّ أبوابِ الجَنةِ شاءَ**» وذكر منها قذف

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٠/ ١٢٣).

(٢) جاء في الأصل والنسخة الثانية: (الخمس)، والمثبت من النسخة الثالثة.

(٣) أخرجه البخاري (٤/ ١٠ رقم ٢٧٦٦)، ومسلم (١/ ٩٢ رقم ٨٩) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(وَإِذَا قَذَفَ الرَّجُلُ رَجُلا مُحصَنًا أَو امرَأَة مُحصَنَة بِصَرِيحِ الزِّنَا، وَطَالَبَ

المحصنات[(١)].

ويتعلق به الحد بالإجماع، وبقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ﴾ [النور: ٤] والمراد: الرمي بالزنا دون غيره من المعاصي بإجماع العلماء، وفي الآية إشارة إليه حيث قال: ﴿فَإِذْ لَمْ يَأْتُوا۟ بِٱلشُّهَدَآءِ﴾ [النور: ١٣]، والزنا هو المختص بأربعة شهداء، والنص وإن ورد في المحصنات لكن الحكم يثبت في المحصنين دلالةً؛ إذ الوجوب لدفع العار، وذا يتحقق في الكل، وخصهن لأن القذف في الأغلب يقع لهن.

والمراد من المحصنات: العفائف من الزنا، بدليل قوله عليه السلام: «**المُحصَناتُ المُؤمِناتُ الغافِلاتُ**» أي: عن الزنا.

قوله: (**محصنة**) وشرائط الإحصان خمسة: العقل، والحرية، والبلوغ، والإسلام، والعفة عن الزنا، وبه اتفق العلماء، إلا ما روي عن داود الظاهري أنه أوجب الحد على قاذف العبد.

وعن ابن المسيب وابن أبي ليلى: يحد بقذف الذمّية التي لها ولد مسلم.

وعن أحمد في رواية: لا يشترط البلوغ، بل يشترط أن تكون بحيث تجامع، وفي الأصح: يشترط كالعامة.

وبقوله: (**بصريح الزنا**) يحترز عن القذف بالكناية والتعريض، بأن قال لرجل: يا زاني، فقال الآخر: صدقت، أو قال: ما أبي بزانٍ ولا أمي بزانية، فإنه لا يجب حد القذف، وبه قال الشافعي، وأحمد، والثوري، وابن شبرمة، والحسن بن صالح.

وقال مالك، وأحمد في رواية: يحد في التعريض؛ لما رُوي [الزهري][(٢)]، عن ابن سالم[(٣)]، عن ابن عمر قال: كان عمر يضرب الحد في التعريض.

---

(١) أخرجه الطبراني في الكبير (١٧/ ٤٧ رقم ١٠١) من حديث عمير الليثي رضي الله عنه.
قال ابن حجر: في إسناده العباس بن الفضل الأزرق؛ ضعيف. التلخيص الحبير (٤/ ١٧٤).
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية، والثالثة.
(٣) كذا في الأصل، والصواب: (عن سالم، عن ابن عمر)، وهو سالم بن عبد الله بن عمر رضي الله عنهم.

المَقذُوفُ بِالحَدِّ، حَدَّهُ الحَاكِمُ ثَمَانِينَ سَوطًا إن كَانَ حُرًّا) لِقَولِهِ تَعَالَى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ﴾ [النور: ٤] إِلَى أَن قَالَ: ﴿فَٱجۡلِدُوهُمۡ ثَمَٰنِينَ جَلۡدَةً﴾ [النور: ٤] الآيَةَ، وَالمُرَادُ: الرَّميُ بِالزِّنَا بِالإِجمَاعِ، وَفِي النَّصِّ إِشَارَةٌ إِلَيهِ وَهُوَ اشتِرَاطُ أَربَعَة مِن الشُّهَدَاءِ إذ هُوَ مُختَصٌّ بِالزِّنَا، وَيُشتَرَطُ مُطَالَبَةُ المَقذُوفِ، لِأَنَّ فِيهِ حَقَّهُ مِن حَيثُ دَفعُ العَارِ

وعن علي ﷺ أنه جلد رجلًا في التعريض، ولأن المرادَ بالتعريضِ القذفُ عرفًا، فجرى مَجرَى الصريح، ولأن الكناية مع القرينة كالصريح في إفادة الحكم، كما في الطلاق والعتاق.

ولنا ما روي أن رجلًا قال للنبي ﷺ: إن امرأتي ولدت غلامًا أسودًا(١)، تعريضًا بنفيه، فلم يلزمه بذلك حد ولا غيره، ولأنه تعالى فرق بين التعريض في الخطبة والتصريح بها، فأباح التعريض في العدة وحرم التصريح، فقال: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ فِيمَا عَرَّضۡتُم بِهِۦ مِنۡ خِطۡبَةِ ٱلنِّسَآءِ﴾ إلى قوله: ﴿وَلَٰكِن لَّا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا﴾ [البقرة:٢٣٥] أي: نكاحًا، فكذا في القذف.

ولأنه تعالى أوجب الحد في الرمي بالزنا، فلم يجز لنا إيجابه بغيره، ولا يمكن إلحاقه دلالة؛ لأن في الكناية دون التصريح في الدلالة؛ لما فيه احتمال، ولهذا روي أن عمر ﷺ شاور الصحابة المخالفة، ولو لم يكن فيه احتمال لما احتاج إلى المشاورة، وذكر أبو بكر عبد العزيز أن أبا عبد الله رجع عن القول بوجوب الحد في التعريض.

قوله: (وَيُشْتَرَطُ مُطَالَبَةُ الْمَقْذُوفِ)، ولا نعلم فيه خلافًا.

فإن قيل: قيد القذف بصريح الزنا، وقد يثبت بنفي نسب غيره كما يجيء، وشرط مطالبة المقذوف بالحد، وهو ليس بشرط أيضًا، فإنه إذا طالب غير المقذوف ممن يقع القذف في نسبه كالابن يحد، وينبغي ألا يشترط المطالبة عندنا؛ لأن المغلب فيه حق الله تعالى، كما يجيء إن شاء الله تعالى.

وأيضًا قال: إذا قذف المحصن أو المحصنة ولا يجب الحد، كما إذا قذف الأخرس المحصن أو المجنون المحصن والرتقاء المحصنة، والرواية في

---

(١) أخرجه البخاري (٧/ ٥٣ رقم ٥٣٠٥)، ومسلم (٢/ ١١٣٧ رقم ١٥٠٠) من حديث أبي هريرة ﷺ.

وَإِحصَانُ المَقذُوفِ لِمَا تَلَونَا.

قَالَ: (وَيُفَرَّقُ عَلَى أَعضَائِهِ) لِمَا مَرَّ فِي حَدِّ الزِّنَا (وَلَا يُجَرَّدُ مِن ثِيَابِهِ) لِأَنَّ سَبَبَهُ غَيرُ مَقطُوعٍ فَلَا يُقَامُ عَلَى الشِّدَّةِ، بِخِلَافِ حَدِّ الزِّنَا (غَيرَ أَنَّهُ يُنزَعُ عَنهُ الفَروُ وَالحَشوُ) لِأَنَّ ذَلِكَ يَمنَعُ إِيصَالَ الأَلَمِ بِهِ (وَإِن كَانَ القَاذِفُ عَبدًا جُلِدَ أَربَعِينَ سَوطًا) لِمَكَانِ

المبسوط[1].

قيل في جوابه: واحترز بالصريح عن الكناية كما ذكرنا، وفي نفي النسب إنما يجب الحد؛ لأن الزنا يثبت بطريق الاقتضاء، فكان كالصريح؛ إذ الثابت بالاقتضاء كالثابت بالعبارة، ومطالبة من يقع القدح في نسبه كمطالبة المقذوف؛ لقيامه مقامه، فأخذ حكمه، وحق العبد وإن كان مغلوبًا فيه يشترط مطالبته احتيالًا لدرء الحد، وقاذف الأخرس لا يحد؛ لأنه لو كان ينطق ربما يصدق القاذف.

وأما في المجنون والرتقاء لا يحد؛ لعدم لحوق الشَّيْن والعار بقذفهما بالزنا؛ لأن الزنا لا يتحقق منهما إمّا شرعًا، كما في المجنون؛ لعدم الخطاب [٥٨٣/ب] في حقه، وإمّا حقيقة، كما في الرتقاء، كما في حد الزنا.

قوله: **(لما مر في حد الزنا)** وقد بينا الخلاف.

(ولا يجرد من ثيابه) إلا على قول مالك **(لأن سببه)** أي: سبب حد القذف **(غير مقطوع به)** لاحتمال أنه صادق وإن عجز عن إقامة البينة، فلا يقام على الشدة.

قوله: **(بخلاف حد الزنا)** حيث يجرد عن ثيابه؛ لأن سببه معاين بالبينة أو بالإقرار، وهاهنا بعد ثبوت القذف بالبينة أو الإقرار يتوقف إقامة الحد على الشدة إلى معنى آخر، وهو كذبه في النسبة إلى الزنا، وهو غير متيقن به.

قوله: **(وَإِنْ كَانَ الْقَاذِفُ عَبْدًا جُلِدَ أَرْبَعِينَ)** وبه قال أكثر أهل العلم، وقال قبيصة وعمر بن عبد العزيز والأوزاعي: يجلد ثمانين؛ لعموم الآية، وعن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم أنه جلده ثمانين.

---

(١) المبسوط للسرخسي (٣٠/ ١٠٨).

الرِّقِّ .(وَالإِحصَانُ: أَن يَكُونَ المَقذُوفُ حُرًّا عَاقِلًا بَالِغًا مُسلِمًا عَفِيفًا عَن فِعلِ الزِّنَا) أَمَّا الحُرِّيَّةُ فَلِأَنَّهُ يُطلَقُ عَلَيهِ اسمُ الإِحصَانِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ﴾ [النساء: ٢٥] أَي الحَرَائِرِ، وَالعَقلُ وَالبُلُوغُ، لِأَنَّ العَارَ لَا يَلحَقُ بِالصَّبِيِّ وَالمَجنُونِ لِعَدَمِ تَحَقُّقِ فِعلِ الزِّنَا مِنهُمَا، وَالإِسلَامُ لِقَولِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ

للعامة قوله تعالى: ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ﴾ [النساء:٢٥] والإجماع منقول عن الصحابة على ذلك، وقد عيب على أبي بكر بن عمرو بن حزم جلده العبد ثمانين، وكذا عمر بن عبد العزيز، والآية مخصوصة بالإجماع.

قوله: (والإحصان) إلى آخره، وقد بينا شرائطه والخلاف فيه.

قوله: (**يُطلق عليه اسم الإحصان**) قال تعالى: ﴿فَعَلَيْهِنَّ﴾ الآية.

فإن قيل: المحصنات في القرآن جاءت بأربع معانٍ، أحدها: بمعنى العفائف، والثاني: بمعنى الحرائر، والثالث: بمعنى الزوجات ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ﴾ [النساء:٢٤] والرابع: بمعنى الإسلام، قال تعالى: ﴿فَإِذَآ أُحْصِنَّ﴾ [النساء:٢٥] قال ابن مسعود: إحصانها: إسلامها.

قلنا: فيمكن أن يكون العبد محصنًا بجهة، وغير محصن بجهة، فكيف يلزم أن تكون الحرية شرط الإحصان القذف؟.

قلنا: فلما لم يكن العبد محصنًا من جهة لا يدخل تحت الآية؛ لقصوره فيه، وعليه أجمع الفقهاء، وقد بينا في إحصان الزنا.

قوله: (**لعدم تحقق فعل الزنا منهما**) أي: من الصبي والمجنون، وبقولنا قال الشافعي وأحمد ومالك، إلا أن مالكًا قال في الصبية التي يجامع مثلها: يحد قاذفها وإن لم تكن محصنة.

فإن قيل: لو لم يتحقق منهما فعل الزنا ينبغي أن يجب الحد على قاذف مجنون زنى حالة جنونه، وحيث لا يجب وإن كان قذفه بعد الإفاقة. ذكره في المبسوط.

قلنا: معنى **قوله:** (لم يتحقق) أي: لم يتحقق الزنا الموجب للإثم؛ لعدم

وَالسَّلَامُ: «مَن أَشرَكَ بِاللَّهِ فَلَيسَ بِمُحصَن» وَالعِفَّةُ لِأَنَّ غَيرَ العَفِيفِ لَا يَلحَقُهُ العَارُ، وَكَذَا القَاذِفُ صَادِقٌ فِيهِ.

(وَمَن نَفَى نَسَبَ غَيرِهِ فَقَالَ: لَستَ لِأَبِيك، فَإِنَّهُ يُحَدُّ) وَهَذَا إِذَا كَانَت أُمُّهُ حُرَّة مُسلِمَة، لِأَنَّهُ فِي الحَقِيقَةِ قَذفٌ لِأُمِّهِ، لِأَنَّ النَّسَبَ إِنَّمَا يُنفَى عَن الزَّانِي لَا عَن غَيرِهِ.

(وَمَن قَالَ لِغَيرِهِ فِي غَضَب: لَستَ بِابنِ فُلَان، لِأَبِيهِ الَّذِي يُدعَى لَهُ يُحَدُّ، وَلَو قَالَ

الخطاب، أما الوطء الغير المملوك قد تحقق منهما، وبالنظر إلى هذا كان القاذف صادقًا، فلا يجب الحد على قاذفهما.

قوله: (وَهَذَا إِذَا كَانَتْ أُمُّهُ حُرَّةً مسلمه)؛ لأن الإحصان شرط في المقذوف، وهذا قذف لأمه بالزنا، فكأنه قال: أمك زانية؛ لأنه متى لم يكن من أبيه كان من غير أبيه ضرورة، ولا نكاح لغير أبيه، فكان في نفي نسبه من أبيه نسبة أمه إلى الزنا ضرورة.

فإن قيل: جاز ألا يكون ثابت النسب من أبيه ولا تكون أمه زانية، بأن كانت موطوءة بشبهة.

قلنا: إذا وطئت بشبهة كان الولد ثابت النسب من إنسان، وإنما لا يكون ثابت النسب من الأب إذا كانت هي زانية، فعرف أنه بهذا اللفظ قاذف لأمه، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد، إلا أن مالكًا لا يشترط كون أمه وأبيه مسلمين وحرين، بل يشترط إحصان المنفي، وبه قال أحمد في رواية.

وفي المبسوط[1]: وجوب الحد هاهنا بطريق الاستحسان لا القياس، وفي القياس لا يجب، إلا أنا تركنا القياس بأثر ابن مسعود أنه قال: لا يحد إلا في قذف محصنة أو نفي رجل عن أبيه، وقيل: يشترط في هذه المسألة الغضب كما في المسألة التي تجيء، ولا خلاف فيه للأئمة الأربعة.

قوله: (قال لغيره في غضب...) إلى آخره، وبقولنا قالت الأئمة الثلاثة.

وفي المبسوط[2]: وكذا لو قال: إنك ابن فلان لغير أبيه، فعليه الحد إذا كانت هذه اللفظة في حالة المشاتمة؛ لأن مقصوده نفي نسبه من أبيه ونسبة أمه

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٩/ ١٢١).

(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٩/ ١٢١).

فِي غَيرِ غَضَب: لَا يُحَدُّ) لِأَنَّ عِندَ الغَضَبِ يُرَادُ بِهِ حَقِيقَتُهُ سَبًّا لَهُ، وَفِي غَيرِهِ يُرَادُ بِهِ المُعَاتَبَةُ بِنَفيِ مُشَابَهَتِهِ أَبَاهُ فِي أَسبَابِ المُرُوءَةِ (وَلَو قَالَ: لَستَ بِابنِ فُلَان، يَعنِي: جَدَّهُ لَم يُحَدَّ) لِأَنَّهُ صَادِقٌ فِي كَلَامِهِ، وَلَو نَسَبَهُ إِلَى جَدِّهِ لَا يُحَدُّ أَيضًا لِأَنَّهُ قَد يُنسَبُ إِلَيهِ مَجَازًا.

(وَلَو قَالَ لَهُ: يَا ابنَ الزَّانِيَةِ، وَأُمُّهُ مَيِّتَةٌ مُحصَنَةٌ، فَطَالَبَ الِابنُ بِحَدِّهِ حُدَّ القَاذِفُ) لِأَنَّهُ قَذَفَ مُحصَنَة بَعدَ مَوتِهَا (وَلَا يُطَالِبُ بِحَدِّ القَذفِ لِلمَيِّتِ إِلَّا مَن يَقَعُ

إلى الزنا، ولكن في حال الرضا لا يجب الحد؛ لأن مراده من هذا اللفظ حالةَ الرضا أن أخلاقك تشبه أخلاق فلان، فكأنك ابنه، فهذا لا يكون قذفًا.

فإن قيل: ما الفرق بين قوله: لست بابن فلان ولا بابن فلانة، وهي أمه التي يدعى لها لا في حالة الغضب ولا في غيرها وبين هذه المسألة؟

قلنا: أي قال: ولا ابن فلانة، فقد نفاه عن أمه، وإنما ينتفي عن أمه إذا لم تلده أمه، فكان هذا منه نفيًا لولادة الأم، ونفي الولادة نفي الوطء، وفي نفي الوطء نفي الزنا، بخلاف ما إذا لم يقل: ولا ابن فلانة، [٥٨٤/أ] فإن هناك لم ينفه عن الأم عن الوالد، وولادة الولد ثابتة عن أمه، فصار كأنه قال: أنت ولد الزنا. كذا في الذخيرة(١).

وفي النفي عن أمه لا يجب حد القذف بلا خلاف؛ لأنه صادق في كلامه؛ إذ هو حقيقة ابن أبيه لا ابن جده، ولو نسبه إلى جده لم يحد؛ لأنه ينسب إليه مجازًا، قال تعالى: ﴿يَٰبَنِيٓ ءَادَمَ﴾ [الأعراف:٢٦]، ولمالك في الجد روايتان، إلا أن يتهم جده بأمه، أو أراد المشاتمة ويجب الحد رواية واحدة.

قوله: (وَلَوْ قَالَ لَهُ يَا ابْنَ الزَّانِيَةِ...) إلى آخره.

وفي النهاية(٢): نقل عن خط الإمام ظهير الدين: سئل والدي عمن قال لآخر: (أي حرام زاده) لا يحد، وكذا لو قال ذلك ثانية؛ لأنه قذف محصنة بعد موتها، إذ الموت لا يزيل الإحصان بل يؤكده.

---

(١) ينظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق (٥/ ٣٦).

(٢) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (٣/ ٢٠٠).

الْقَدحُ فِي نَسَبِهِ بِقَذفِهِ، وَهُوَ الوَالِدُ وَالوَلَدُ) لِأَنَّ العَارَ يَلتَحِقُ بِهِ لِمَكَانِ الجُزئِيَّةِ، فَيَكُونُ القَذفُ مُتَنَاوِلًا لَهُ مَعنىً. وَعِندَ الشَّافِعِيِّ: يَثبُتُ حَقُّ المُطَالَبَةِ لِكُلِّ وَارِثٍ، لِأَنَّ حَدَّ القَذفِ يُورَثُ عِندَهُ عَلَى مَا نُبَيِّنُ، وَعِندَنَا: وِلَايَةُ المُطَالَبَةِ لَيسَت بِطَرِيقِ الإِرثِ، بَل لِمَا ذَكَرنَاهُ، وَلِهَذَا: يَثبُتُ عِندَنَا لِلمَحرُومِ عَن المِيرَاثِ بِالقَتلِ، وَيَثبُتُ

قوله: (وَهُوَ الْوَالِدُ وَالْوَلَدُ) قال الفقيه: الوالد الجد وإن علا، والولد وولد الولد وإن سفل.

قوله: (لِمَكَانِ الجزئية).

فإن قيل: لو كان المقذوف ميتًا ولا له معنى لمكان الحرية ينبغي أن يكون المقذوف لو كان حيًّا غائبًا تكون المطالبة لمن له يقدح في نسبه معنى باعتبار الحرية.

وقد ذكر في المبسوط[1]: إذا كان المقذوف حيًّا غائبًا ليس لأحد من هؤلاء مطالبة الحد، خلافًا لابن أبي ليلى، فلما تناول القذف لهؤلاء معنى، فيظهر أثره من مطالبة الناس عند المقذوف؛ لأن المقذوف في الخصومة أصل؛ لأن العار لحقه مقصودًا، فلا تعتبر خصومة غيره، بخلاف الميت، فإن الخصومة فيها غير ممكنة، فيقام الحد بمطالبة من لحقه الشَّين، وعند أحمد يقام لمطالبة الولد فقط.

قوله: (وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ يَثْبُتُ حَقُّ الْمُطَالَبَةِ لِكُلِّ وَارِثٍ) وبه قال مالك.

للشافعي فيمن يرثه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يرثه جميع الورثة.

والثاني: غير من يرث بالزوجية.

والثالث: يرثه ذكور العصبات دون غيرهم.

(عنده) أي: عند الشافعي (على ما نُبِّين) أي: في مسألة: ومن قذف غيره ومات المقذوف، كما يجيء.

(بل لما ذكرناه) وهو [لحوق][2] العار، ولهذا لا يثبت للأخ عندنا؛ لأن

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٩/ ٤٩).

(٢) في الأصل: (لحقوق)، والمثبت من النسخة الثانية.

لِوَلَدِ البِنتِ كَمَا يَثبُتُ لِوَلَدِ الِابنِ خِلَافًا لِمُحَمَّدٍ(*)، وَيَثبُتُ لِوَلَدِ الوَلَدِ حَالَ قِيَامِ الوَلَدِ خِلَافا لِزُفَرَ.

(وَإِذَا كَانَ المَقذُوفُ مُحصَنًا جَازَ لِابنِهِ الكَافِرِ وَالعَبدِ أَن يُطَالِبَ بِالحَدِّ) خِلَافًا لِزُفَرَ. هُوَ يَقُولُ: ....

العار نوع ضرر، والضرر الراجع إلى الولد، وولد الولد وإن سفل، والوالد والجد وإن علا، كالراجع إلى نفسه عادة، ألا ترى أن النفع العائد عليهم يجعل كالعائد إلى نفسه، حتى منع ذلك قبول الشهادة ولهذا يثبت عندنا، فكذا الضرر.

والأخ لا يلحقه الشَّين بزنا أخيه مثل ما يلحق لهؤلاء؛ لأنه لا ينسب أحد الأخوين إلى صاحبه، والضرر الراجع إلى الأخ لا يرجع إليه عادة، كالنفع، حتى لا يمنع قبول الشهادة، ولهذا يثبت عندنا ولاية المطالبة للمحروم عن الإرث بالقتل؛ لأن الحد لا يجب بطريق الإرث، فلا يؤثر فيه القتل، وإذا كان الولد عبدًا أو كافرًا تصح مطالبته.

قوله: (خلافًا لمحمد) وعن محمد في رواية: لا يثبت لولد البنت؛ لأنه منسوب إلى أبيه لا إلى أمه، فلا يلحقه الشين بزنا أبي الأم، ألا ترى أنه لا يدخل ابن البنت في الوقف على أولاده وأولاده في ظاهر الرواية.

وفي الواقعات: والفتوى على قول محمد؛ لأنه صار كالأخ.

وفي ظاهر الرواية: النسب يثبت من الجانبين، ويصير النسب به كريم الطرفين، فكان القذف متناولًا له، أما الوقف ممنوع على رواية الخصاف، ولئن سُلِّمَ فالوقف في معنى الوصية التي هي أخت الميراث، والولد فيه إنما ينسب إلى الأب دون الأم، ألا ترى أنه لا يحجب الزوج عن النصف، والزوجة عن الربع، ويحجبهما، وكذا الابن، فكذلك الحكم في الوقف.

قوله: (خلافًا لزفر)؛ لأن عنده لا خصومة للأبعد مع مكان الأقرب؛ لأن الشين الذي يلحق الولد فوق ما يلحق ولد الولد، فصار ولد الولد مع بقاء الولد كولد المقذوف مع بقاء المقذوف، واعتبر هذا بطلب الكفاءة، فإنه لا خصومة فيه للأبعد مع بقاء الأقرب.

(*) الراجح: قول الشيخين.

الْقَذْفُ يَتَنَاوَلُهُ مَعنىً لِرُجُوعِ العَارِ إِلَيهِ، وَلَيسَ طَرِيقُهُ الإِرثَ عِندَنَا، فَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَ مُتَنَاوِلًا لَهُ صُورَةً وَمَعنىً. وَلَنَا: أَنَّهُ عَيَّرَهُ بِقَذفِ مُحصَن فَيَأخُذُهُ بِالحَدِّ، وَهَذَا

وقلنا: حق الخصومة باعتبار لحوق العار، وذا موجود في حق ولد الولد كوجوده في حق الولد، والحق ليس بطريق الإرث حتى يعتبر القرب، بخلاف المقذوف، فإن حق الخصومة له باعتبار تناول القاذف من عرضه مقصودًا، وذا لا يوجد في حق الولد. كذا في المبسوط(١).

لأن مساهلته توهم تصديقه؛ لأنه أعلم بما جرى عليه من ولده، وبخلاف الكفاءة، فإن طلب الكفاءة يثبت للأقرب؛ لقوله عليه السلام: «**الإِنكاحُ فِي العَصَبَاتِ**»(٢) فعلم أن الحق باعتبار الولاية في الكفاءة، ولا ولاية للأبعد مع وجود الأقرب، خلافًا لزفر، وبه قال من قال: طريقه الإرث.[٥٨٤/ب].

(**هو يقول: القذف يتناوله معنًى**) أي: الكافر والعبد، فلا يربو على قذفه حقيقة، وذا لا يوجب الحد، فهذا أولى، وهذا معنى قول المصنف: (**كما إذا كان متناولًا له معنًى وصورةً**). إليه أشار فخر الإسلام وصاحب الإيضاح.

وقوله: (**وليس طريقه الإرث عندنا**) جواب سؤال يرد، وهو أن يقال: وجوب الحد يجوز أن يكون لأجل أمه، فقال: ليس طريقه الإرث عندنا، وإن كان فالكافر والعبد لا يرث، فعلم أن الحد لو وجب لوجب لأجل نفسه، وهو غير محصن.

(**ولنا أنه**) أي: القاذف (**عَيَّرَه بقذف محصن**) وهو أمه.

وفي المبسوط(٣): الحد يجب لحق الله تعالى، وخصومة الولد باعتبار الشين الذي لحقه، وذلك موجود في حق الولد الكافر والعبد؛ لأن النسبة لا تنقطع بالرق والكفر، وإنما تنعقد الخلافة إرثًا بهما فيما هو من حق الميت، وحد القذف ليس من ذلك في شيء، بخلاف ما إذا قذفه في نفسه؛ لأن الحد لا يجب؛ لفقد إحصانهما.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٩/ ١١٢).
(٢) قال الشلبي في حاشيته على تبيين الحقائق (٢/ ١٢٢): لم يخرجه أحد من الجماعة ولا يثبت.
(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (٩/ ١١٣).

لِأَنَّ الإِحصَانَ فِي الَّذِي يُنسَبُ إِلَى الزِّنَا شَرطٌ لِيَقَعَ تعيِيرًا عَلَى الكَمَالِ ثُمَّ يَرجِعُ هَذَا التَّعيِيرُ الكَامِلُ إِلَى وَلَدِهِ، وَالكُفرُ لَا يُنَافِي أَهلِيَّةَ الِاستِحقَاقِ، بِخِلَافِ إِذَا تَنَاوَلَ القَذفُ نَفسَهُ، لِأَنَّهُ لَم يُوجَد التَّعيِيرُ عَلَى الكَمَالِ لِفَقدِ الإِحصَانِ فِي المَنسُوبِ إِلَى الزِّنَا (وَلَيسَ لِلعَبدِ أَن يُطَالِبَ مَولَاهُ بِقَذفِ أُمِّهِ الحُرَّةِ، وَلَا لِلِابنِ أَن يُطَالِبَ أَبَاهُ بِقَذفِ أُمِّهِ الحُرَّةِ المُسلِمَةِ) لِأَنَّ المَولَى لَا يُعَاقَبُ بِسَبَبِ عَبدِهِ، ....

قوله: (وَلَا لِلِابْنِ أَنْ يُطَالِبَ أَبَاهُ).

وفي الإيضاح[١]: ولا جده وإن علا، ولا أمه ولا أم أمه وإن علت.

وبه قال الشافعي وأحمد ومالك في رواية.

وقال مالك في المشهور: للابن أن يطالب أباه بقذف أمه، أما لو حده تسقط عدالته؛ لأن ضربه حرام بالنص، وهو قوله تعالى: ﴿فَلَا تَقُل لَّهُمَآ﴾ [الإسراء: ٢٣].

وبقول مالك قال أبو ثور وابن المنذر، واحتجوا بعموم الآية، ولأنه حد، فلا يمنع من وجوبه قرابة الوِلاد.

وقلنا: هذا منقوض بالسرقة، فإنه لا يقطع بسرقة مال أبيه، ولا يحد بوطء جارية أمه.

الأصل لنا قوله عليه السلام: «لا يُقادُ الوالدُ بوَلَدِهِ، ولا السَّيِّدُ بعَبْدِهِ»[٢] فلما لم يعاتب بجنايته على نفسه وطرفه، فكذا لا يعاتب بتناوله من عرضه، مع أن المغلب في القصاص حق العبد، وسببه متيقن به، وفي حق القذف المغلب حق الله تعالى عندنا، وسببه غير متيقن بكذبه؛ لاحتمال أن يكون صادقًا، أولى ألا يجب.

قوله: (لِأَنَّ الْمَوْلَى لَا يُعَاقَبُ بِسَبَبِ عَبْدِهِ)؛ لأن حق عبده حقه، فلا يجوز أن يعاقب بحق نفسه، ولو كان لها ابن من غيره، يعني لو قال لابنه: يا ابن

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (٧/ ٤٢).

(٢) ورد عن جماعة من الصحابة منهم عمر بن الخطاب أخرجه الترمذي (٣/ ٧٠ رقم ١٤٠٠) وابن ماجه (٢/ ٨٨٨ رقم ٢٦٦٢) وفي سندهما الحجاج بن أرطاة وهو مدلس ورواه البيهقي في السنن الكبرى (٨/ ٣٨ رقم ١٦٣٨٤) من وجه أخر عن عمر بن الخطاب وصحح سنده.

وَكَذَا الأَبُ بِسَبَبِ ابنِهِ، وَلِهَذَا لَا يُقَادُ الوَالِدُ بِوَلَدِهِ وَلَا السَّيِّدُ بِعَبدِهِ، وَلَو كَانَ لَهَا ابنٌ مِن غَيرِهِ لَهُ أَن يُطَالِبَ لِتَحَقُّقِ السَّبَبِ وَانعِدَامِ المَانِعِ.

(وَمَن قَذَفَ غَيرَهُ فَمَاتَ المَقذُوفُ بَطَلَ الحَدُّ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَبطُلُ (وَلَو مَاتَ بَعدَمَا أُقِيمَ بَعضُ الحَدِّ بَطَلَ البَاقِي) عِندَنَا، خِلَافًا لَهُ، بِنَاء عَلَى أَنَّهُ يُورَثُ عِندَهُ، وَعِندَنَا لَا يُورَثُ، وَلَا خِلَافَ أَنَّ فِيهِ حَقَّ الشَّرعِ وَحَقَّ العَبدِ، فَإِنَّهُ شُرِعَ لِدَفعِ العَارِ عَن المَقذُوفِ، وَهُوَ الَّذِي يَنتَفِعُ بِهِ عَلَى الخُصُوصِ، فَمِن هَذَا الوَجهِ حَقُّ العَبدِ، ثُمَّ إِنَّهُ شُرِعَ زَاجِراً وَمِنهُ سُمِّيَ حَدًّا، وَالمَقصُودُ مِن شَرعِ الزَّاجِرِ إِخلَاءُ العَالَمِ عَن الفَسَادِ، وَهَذَا آيَةُ حَقِّ الشَّرعِ، وَبِكُلٍّ ذَلِكَ تَشهَدُ الأَحكَامُ. وَإِذَا تَعَارَضَت الجِهَتَانِ، فَالشَّافِعِيُّ مَالَ إِلَى تَغلِيبِ حَقِّ العَبدِ تَقدِيما لِحَقِّ العَبدِ بِاعتِبَارِ حَاجَتِهِ

الزانية، وأمه ميتة، ولها ابن من غيره، فطلب الحد منه يحد بإجماع الأربعة؛ لأن لكل أحد حق الخصومة، وظهر المانع في حق أحدهما دون الآخر، ولهذا لو عفا أحد الابنين في قذف الميتة المحصنة للآخر أن يخاصم؛ لأن النقيصة تلحق بهما. ذكره في شرح الطحاوي.

بخلاف ما لو عفا أحدهما عن القصاص، أو كان أحدهما ابن القاتل فلا يستوفي الآخر القصاص؛ لأن القصاص حق العبد، فيكون ميراثًا بينهما، فيسقط نصيب الباقي بالعفو، أو لمعنى الأبوة، فتعذر على الآخر الاستيفاء؛ لأنه لا يحتمل التجزؤ، فأما حق العبد فحق الله تعالى فيه غالب عندنا، ولم يصر ميراثًا لهما، بل لهما ولاية المطالبة؛ للحوق العار بهما على الكمال، فبعفو أحدهما لا يسقط حقه. إليه أشار في المبسوط(١).

قوله: (فالشافعي مال إلى إلى تغليب حق العبد) وبه قال مالك وأحمد.

قوله: (وهذا) أي: كون حق العبد غالبًا عند الشافعي، وعندنا حق الله تعالى، ولا خلاف أنَّ في حد القذف حقانِ؛ لتعارض الدلائل والأحكام، فمن حيث إنه شرع لصيانة عرض المقذوف كالقصاص، شرع لصيانة نفسه عن

---

(١) المبسوط للسَّرَخسِي (٢٦/ ١٤١).

وَغِنَى الشَّرعِ، وَنَحنُ صِرنَا إِلَى تَغلِيبِ حَقِّ الشَّرعِ، لِأَنَّ مَا لِلعَبدِ مِن الحَقِّ يَتَوَلَّاهُ مَولَاهُ فَيَصِيرُ حَقُّ العَبدِ مَرعِيًّا بِهِ، وَلَا كَذَلِكَ عَكسُهُ، لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لِلعَبدِ فِي استِيفَاءِ حُقُوقِ الشَّرعِ إِلَّا نِيَابَة عَنهُ، وَهَذَا هُوَ الأَصلُ المَشهُورُ الَّذِي يَتَخَرَّجُ عَلَيهِ الفُرُوعُ المُختَلَفُ فِيهَا مِنهَا الإِرثُ، إذ الإِرثُ يَجرِي فِي حُقُوقِ العِبَادِ لَا فِي حُقُوقِ الشَّرعِ. وَمِنهَا العَفوُ، فَإِنَّهُ لَا يَصِحُّ عَفوُ المَقذُوفِ عِندَنَا وَيَصِحُّ عِندَهُ. وَمِنهَا أَنَّهُ لَا يَجُوزُ الِاعتِيَاضُ عَنهُ، وَيَجرِي فِيهِ التَّدَاخُلُ وَعِندَهُ لَا يَجرِي. وَعَن أَبِي يُوسُفَ فِي العَفوِ

الهلاك، وعرضه حقه، ولدفع العار عن المقذوف، وهو يندفع به على الخصوص، فيشترط فيه الدعوى لقبول الشهادة، ولا تبطل بالتقادم، ويجب على المستأمن في دارنا، ويقيمه القاضي بعلم نفسه، ويقدم استيفاؤه على حد الزنا والسرقة، ولا يبطل مع الرجم.

ولا يصح الرجوع بعد الإقرار في حق العبد من حيث إنه شرع زاجرًا، ولهذا سمى حدًّا، والحدود شرعت زواجر حقًّا لله تعالى؛ صونًا للعالم عن الفساد، لا حق العبد، فإنه في الأصل كالقود، ولهذا سمى قصاصًا ليكون إشارة في معنى الخبر باعتبار المساواة ساترًا لأثر الزنا، فكان كحده، ويستوفيه الإمام دون المقذوف، ولا ينقلب مالًا عند سقوطه، وينتصف بالرق كالعقوبات الواجبة لله تعالى، وحق العبد يتقدر بقدر التالف، ولا يختلف باختلاف حال المتلف.

قوله: (ويصح عنده) أي: عند الشافعي، وبه قال مالك وأحمد، وبعض أصحاب مالك قال: فيه روايتين عنه؛ في رواية: لا يجوز عفوه عند البلوغ إلى الإمام.

قوله: (لَا يَجُوزُ [٥٨٥/أ] الِاعْتِيَاضُ عَنْهُ) عندنا، وبه قال مالك، وعند الشافعي وأحمد يجوز.

قوله: (ويجري فيه التداخل) وبه قال مالك، حتى لو قذف مرات لواحد أو لجماعة يكفيه حد واحد إذا لم يتخلل بين القذفين حد.

فإن قيل: لو كان المغلب فيه حق الله تعالى ينبغي ألا يسقط بالموت؛ لأن حق الله تعالى لا يسقط بالموت.

مِثلُ قَولِ الشَّافِعِيِّ؛ وَمِن أَصحَابِنَا مَن قَالَ: إِنَّ الغَالِبَ حَقُّ العَبدِ وَخَرَّجَ الأَحكَامَ،

قلنا: يسقط لتعذر استيفائه لا بموته؛ لانعدام شرط الاستيفاء، وهو خصومة المقذوف؛ إذ لا يتحقق بعد موته، ولا يقوم الوارث مقامه، أو وصيه إن أوصى بذلك لإنسان؛ لأن شرط الحد معتبر بسببه، فكما أن ما يقوم مقام الحد لا يثبت به سبب الحد، فكذا لا يثبت به شرط الحد بخلاف ما لو قذف بعد موته، فإن ولاية الخصومة تثبت ابتداء لولده لدفع عاره؛ لأنه يثبت للميت ثم يقوم ولده مقامه، فلو ثبت بعد ما مات بعد القذف يكون بطريق قيامه مقامه، وذلك لا يكون في الحدود. كذا في المبسوط(١).

(**ومن أصحابنا من قال**) كذا، وهو أبو اليسر.

(**وخرج الأحكام**) فإنه ذكر في مبسوطه(٢): الصحيح أن المغلب فيه حق العبد كما قال الشافعي؛ لأن أكثر الأحكام تدل عليه، والمعقول شهد له؛ لما ذكرنا أن العبد ينتفع به على الخصوص.

وقد نص محمد في الأصل: أن حد القذف حق العبد كالقصاص، إلا أنه فوض إلى الإمام؛ لأنه لا يهتدي كل أحد إقامة الجلد، وثبوت حق استيفاء حق العبد للقاضي في موضع عجزه عن الاستيفاء بنفسه له أصل في الشرع.

وذكر في جامعه(٣) أن الضرب غير مقدر في نفسه، أي: بين شديد وخفيف، فلو جعل الإقامة إليه لزاد على ما هو المعهود، فيؤدي إلى التلف، فجعل الإقامة إلى الإمام بطريق المصلحة، وإنما لا يورث؛ لأنه مجرد حق كخيار الشرط وحق الشفعة، كما أن الإرث يجري في الأعيان وما له أحكام الأعيان.

قال عليه السلام: «**مَن تَرِكَ مالًا فهوَ لِورَثَتِهِ**»(٤) وحد القذف ليس بملك عين

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٩/ ١١٣).
(٢) ينظر: العناية شرح الهداية للبابرتي (٥/ ٣٢٧).
(٣) ينظر: البناية شرح الهداية للعيني (٦/ ٣٧٣).
(٤) أخرجه البخاري (٢/ ١١٨ رقم ٢٣٩٨) من حديث أبي هريرة ﵁.

وَالأَوَّلُ أَظهَرُ.

(وَمَن أَقَرَّ بِالقَذفِ ثُمَّ رَجَعَ لَم يُقبَل رُجُوعُهُ) لِأَنَّ لِلمَقذُوفِ فِيهِ حَقًّا فَيُكَذِّبُهُ فِي الرُّجُوعِ، بِخِلَافِ مَا هُوَ خَالِصُ حَقِّ اللَّهِ، لِأَنَّهُ لَا مُكَذِّبَ لَهُ فِيهِ.

(وَمَن قَالَ لِعَرَبِيٍّ: يَا نَبَطِيُّ، لَم يُحَدَّ) لِأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ التَّشبِيهُ فِي الأَخلَاقِ أَو عَدَمِ الفَصَاحَةِ، وَكَذَا إِذَا قَالَ لَست بِعَرَبِيٍّ لِمَا قُلنَا.

ولا في معنى ملك عين، بل هو ملك الفعل، وكذا حق الشفعة؛ لأنه ملك فعل، وهو يملك الدار، وكذا خيار الشرط؛ لأنه ملك فعل، وهو حق الفسخ.

بخلاف القصاص، حيث يورث؛ لأنه في معنى ملك العين؛ لأنه يملك إتلاف العين، وملك الإتلاف بملك العين عند الناس، فإن الإنسان ما يملك شراء الطعام إلا للإتلاف، وهو الأكل، فصار من عليه القصاص كالمملوك لمن له القصاص، وهو باقٍ، فيملكه الوارث في حق استيفاء القصاص، وإنما لا يصح عفوه؛ لأن هذا عفو عن الإقامة، وهو مولى عليه في حق الإقامة، ولأنه متعنت في العفو؛ لأنه في الحقيقة رضا بالعار، والرضا بالعار عار.

قوله: (والأول أظهر) بالنظر إلى الدليل، وأشهر؛ لأنه قول عامة أصحابنا، وما قال محمد: إن حق حد القذف حق العبد، أي: فيه حق العبد للإجماع أن فيه حقين، فلا يدل أن حق العبد فيه غالب.

وفي الخبازية: حُرِّمَ القذفُ لهتك عرض المحصن، وحُرِّمَ لإظهار الزنا، وأنه حرام حقًّا لله تعالى كمباشرة الزنا، ألا ترى أنه مُحَرَّم قذف غير المحصن، فكان المهتوك بسبب القذف ثلاث حرمات، حرمتان لله تعالى، وحرمة للعبد، يعني إظهار الزنا حرام لله تعالى خالصًا، وفي القذف فيه وهتك حرمة العرض، وفي عرضه حقان: حق الله تعالى وحق العبد، فيكون حق العبد غالبًا.

قوله: (لَمْ يُقْبَلْ رُجُوعُهُ) أي: بإجماع الأئمة الأربعة.

(قوله للعربي: لست بعربي) أو لست من قبيلة فلان التي هو منها لا يحد، وقال مالك وابن أبي ليلى وأحمد في رواية، والشافعي في قول: إذا نوى الشتم يحد؛ لما روى أنه عليه السلام كان يقول: «**لا أُوتَى برجلٍ يقولُ: إن كِنانةَ**

(وَمَن قَالَ لِرَجُل: يَا ابنَ مَاءِ السَّمَاءِ فَلَيس بِقَاذِف) لِأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ التَّشبِيهُ فِي الجُودِ وَالسَّمَاحَةِ وَالصَّفَاءِ، لِأَنَّ مَاءَ السَّمَاءِ لُقِّبَ بِهِ لِصَفَائِهِ وَسَخَائِهِ (وَإِن نَسَبَهُ إِلَى

لَيسَتْ مِن قُرِيشٍ إلّا جلَدْتُه»[1] ولأنه لما نفاه عن قبيلته صار كنفيه عن الجد الأعلى.

وقلنا والشافعي في قول وأحمد في أصح الرواية: لا يجب؛ لأنه يحتمل غير القذف؛ لأنه قد يراد به التشبيه في الأخلاق، أو التشبيه في الجهل، واللكنة يعني عدم الفصاحة لا النفي عن الأب عادة، كمن قال لمصري[2]: يا قروي.

وفي المبسوط[3]: ألا ترى أنه لو قال: أنت رستاقي أو خراساني أو كوفي ولا يريد بشيء من ذلك القذف، ومذهبنا مروي عن ابن عباس، فإنه سئل عن رجل قال لقرشي: يا نبطي، فقال: لا حد عليه.

وأما الحديث فشاذ مع أنه يمكن ذلك في النفي عن الجد الأعلى، أو يكون ذلك بطريق التعزير؛ لأنه قال: «**جلَدْتُهُ**» [٥٨٥/ب] وما قال: «**إلا أَحُدَّهُ**» وعن مالك: إذا قال: يا يزيدي لعربي، أو يا رومي لفارسي، أو لفارسي: يا رومي، أو يقول: يا ابن الخياط ولم يكن من آبائه من بهذه الصفة فإنه يحد في جميع ذلك لدفع العار.

قوله: (يُرَادُ بِهِ التَّشْبِيهُ في الجود والسماحة) فإن ماء السماء لا يبخل، بل يصيب الجبل والسهل، وسمي به نعمان بن المنذر أو أبوه. كذا في مبسوط البكري.

قوله: (لُقِّبَ) وقد لقب به أبو المزيقياء، وهو عمرو بن عامر لقب بأبي المزيقياء؛ لأنه يمزق كل يوم حلتين يلبسهما، ويكره أن يعود فيهما، ويأنف أن يلبسهما غيره.

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢/ ٨٧١ رقم ٢٦١٢) من حديث الأشعث بن قيس رضي الله عنه.
قال البوصيري في مصباح الزجاجة (٣/ ١١٨ رقم ٩٣٠): هذا إسناد صحيح. رجاله ثقات لأن عقيل بن طلحة وثقه ابن معين والنسائي، وذكره ابن حبان في الثقات وباقي رجال الإسناد على شرط مسلم.

(٢) يعني من يعيش في المصر، أي: المدينة.

(٣) المبسوط (٩/ ١٢٣).

عَمِّهِ أَو خَالِهِ أَو إِلَى زَوجِ أُمِّهِ، فَلَيسَ بِقَذف) لِأَنَّ كُلَّ وَاحِد مِن هَؤُلَاءِ يُسَمَّى أَبًا، أَمَّا الأَوَّلُ: فَلِقَولِهِ تَعَالَى: ﴿نَعۡبُدُ إِلَٰهَكَ وَإِلَٰهَ ءَابَآئِكَ إِبۡرَٰهِـۧمَ وَإِسۡمَٰعِيلَ وَإِسۡحَٰقَ﴾ [البقرة: ١٣٣] وَإِسمَاعِيلُ كَانَ عَمًّا لَهُ. وَالثَّانِي: لِقَولِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الخَالُ أَبٌ». وَالثَّالِثُ: لِلتَّربِيَةِ.

وأبو عامر ابن حارثة الأزدي كان يلقب بماء السماء؛ لأنه كان وقت القحط كالقطر عطاء وجودًا، وأما أم المنذر بن امرئ القيس سميت بماء السماء لحسنها وجمالها، فقيل لولدها: بنو ماء السماء، وهم ملوك السماء، وقال زهير:

ولازَمْتُ المُلوكَ مِنَ الِ نَصْرٍ وَبَعْدَهُمُ بَنو ماءِ السماءِ[١]

كذا في الصحاح[٢] والمغرب[٣].

قوله: (والثالث للتربية)، وإليه الإشارة في قوله تعالى: ﴿وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم﴾ [النساء:٢٣] أضاف الربيبة إلى زوج الأم بوصف ينبئ عن سبب الإضافة، وهو التربية، وقيل في قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱبۡنِي مِنۡ أَهۡلِي﴾ [هود:٤٥] إنه كان ابن امرأته. ذكره في المبسوط للبكري[٤].

وقال ابن القاسم المالكي: وفي النسبة إلى عمه أو خاله أو زوج أمه عليه الحد، وعند أشهب المالكي لا حد عليه إلا في حالة المشاتمة.

ومن قال لغيرة: زنأت في الجبل وقال: عنيت صعود الجبل حُدَّ وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله. وقال محمد رحمه الله: لا يحد؛ لأن المهموز منه للصعود حقيقة قالت امرأة من العرب:

وَارْقَ إِلَى الخَيراتِ زناءً فِي الجَبَل

وذكر الجبل يقرره مراداً ولهما أنه يستعمل في الفاحشة مهموزا أيضا؛ لأن من العرب من يهمز المُليَّن كما يُلينُ المهموز وحالة الغضب والسباب تعين

---

(١) البيت من الوافر، وهو لزهير بن أبي سلمي في لسان العرب (١٣/ ٥٤٥) (مواه)؛ وليس في ديوانه؛ ولزهير بن جناب في تاج العروس (٣٦/ ٥١٥) (مواه).
(٢) الصحاح للجوهري (٦/ ٢٢٥١).
(٣) المغرب للمطرزي (ص: ٤٤٠- ٤٤١).
(٤) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للفخر الزيلعي (٣/ ٢٠١).

(وَمَن قَالَ لِغَيرِهِ: زَنَأتَ فِي الجَبَلِ وَقَالَ: عَنَيتُ صُعُودَ الجَبَلِ، حُدَّ، وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا يُحَدُّ(*) لِأَنَّ المَهمُوزَ مِنهُ لِلصُّعُودِ حَقِيقَةٌ قَالَت امرَأَةٌ مِن العَرَبِ: وَارقَ إِلَى الخَيرَاتِ زناً فِي الجَبَلِ. وَذِكرُ الجَبَلِ يُقَرِّرُهُ مُرَادًا، وَلَهُمَا: أَنَّهُ يُستَعمَلُ فِي الفَاحِشَةِ مَهمُوزًا أَيضًا ....

الفاحشة مرادا بمنزلة ما إذا قال: يا زانىء، أو قال: زنأت وذكر الجبل إنما بعين الصعود مرادا إذا كان مقرونا بكلمة على إذ هو المستعمل فيه، ولو قال: زنأت على الجبل قيل: لا يحد لما قلنا. وقيل: يحد للمعين الذي ذكرناه.

قوله: (زَنَأْتَ فِي الْجَبَلِ) بالهمز يحد عند أبي حنيفة وأبي يوسف وأحمد والشافعي في وجه إذا لم ينوِ.

وقال محمد والشافعي: لا يحد؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه فيصدق؛ لأن المهموزَ الصعودُ حقيقةً، يقال: زَنَأَ، بالهمز، أي: صعد، كما قال الشاعر[1]:

وَارْقَ إِلَى الْخَيْرَاتِ....

أول الشعر:

[أشبه][2] أَبا أُمِّكَ أو أَشْبِهْ جَمَلْ
ولا تكونَنَّ كَهِلَّوْفِ وَكَلْ
يُصْبِحُ فِي مَنْزِلِهِ قَدِ انْجَدَلْ
وَارْقَ إِلَى الْخَيْرَاتِ زَنْأً فِي الْجَبَلْ

الجمل: بالجيم، اسم رجل، أي: حي من العرب، وهو جمل بن سعد.

والهِلَّوْف: بكسر الهاء وتشديد اللام: الشيخ الهرم.

والكل: العيال، والانجدال: السقوط.

وقوله: (زَنْأً فِي الْجَبَلِ) أي: صعودًا، ولهذا لو قال: زنأت الجبل لا يحد، وحرف (في) لا ينافي الصعود كما في البيت، وكما في قوله تعالى: ﴿كَأَنَّمَا يَصَّعَّدُ فِي ٱلسَّمَآءِ﴾ [الأنعام:١٢٥] فحقيقة ما نوى إن لم يثبت تثبت الشبهة.

(*) الراجح: قول الشيخين.

(١) الرجز لقيس بن عاصم المنقري في لسان العرب (١/ ٩١) (زنأ)، (٩/ ٣٥٠).

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثالثة.

لِأَنَّ مِن العَرَبِ مَن يَهمِزُ المُلَيَّنَ كَمَا يُلَيِّنُ المَهمُوزَ، وَحَالَةُ الغَضَبِ وَالسِّبَابِ تُعَيِّنُ الفَاحِشَةَ مُرَادًا بِمَنزِلَةِ مَا إذَا قَالَ: يَا زَانِي، أَو قَالَ: زَنَأت، وَذِكرُ الجَبَلِ إنَّمَا يُعَيِّنُ الصُّعُودَ مُرَادًا إذَا كَانَ مَقرُونًا بِكَلِمَةِ «عَلَى» إذ هُوَ لِلمُستَعمَلِ فِيهِ، وَلَو قَالَ: زَنَأت عَلَى الجَبَلِ لَا يُحَدُّ لِمَا قُلنَا، وَقِيلَ يُحَدُّ لِلمَعنَى الَّذِي ذَكَرنَاهُ.

قوله: (لِأَنَّ مِنَ الْعَرَبِ مَنْ يَهْمِزُ الْمُلَيَّنَ) فمنهم العجاج، فإنه كان يهمز العالم والخاتم، وقال(١):

فَخِنْدَفٌ هَامَةُ هَذَا الْعَأْلِمِ

ويَهْمِز المُلَيَّنَ أيضًا مَنْ جَدَّ في الهرب من التقاءِ الساكنين، فيقال: دأبة وشأبة، وفي غير التقاء الساكنين، كما همزه العجاج كذلك، وكما همز الشاعر في قوله(٢):

يا دارَ مِيَّ بِدَكادِيكِ البُرَقْ صَبْرًا فقد هَيَّجْتِ شَوقَ المُشْتَئِقْ

الدكاديك: جمع دكداك، وهو الرمل المتراكم. والبرقة: أرض غليظة فيها حجارة ورمل، وصبرًا، أي: أعطني صبرًا، والمشتئق، بكسر الهمزة: بمعنى المشتاق؛ لأنه اسم فاعل، فبالهمزة زال المانع.

قوله: (كَمَا يُلَيِّنُ الْمَهْمُوزَ) بتليين المهموز، قد يكون لازمًا، كما في (آدم) وقد يكون غير لازم، كما في (رأس).

قوله: (يعني الفاحشة) مع أن كلمة لا تحتمل الصعود، لا يقال زنأ فيه بمعنى الصعود، وإنما يقال: زنأ عليه، فصار المحتمل محمولًا على المحكم.

قوله: (بمنزلة ما لو قال: يا زاني، أو قال: زنأتَ) وقال: عنيت الصعود فإنه يحد.

قوله: (إذ هو) أي: حرف على (مستعمل فيه) أي: في الصعود.

فإن قيل: (في) تجيء بمعنى (على) قال تعالى: ﴿وَلَأُصَلِّبَنَّكُمْ فِي جُذُوعِ ٱلنَّخْلِ﴾ [طه: ٧١] أي: عليها.

---

(١) الرجز للعجاج في ديوانه (١/ ٤٦٢)، ولسان العرب (٢/ ١٤) (بيت)، (١٢/ ٤٢٠) (علم).
وخندف: قبيلة. الهامة: الرأس، وهامة الشيء: أعلاه. العألم: العالم.

(٢) الرجز لرؤبة في شرح شواهد الشافعية (ص: ١٧٥)، وليس في ديوانه؛ ولسان العرب (١٠/ ١٩٢).

(وَمَن قَالَ لِآخَرَ: يَا زَانِي فَقَالَ: لَا بَل أَنتَ، فَإِنَّهُمَا يُحَدَّانِ) لِأَنَّ مَعنَاهُ: لَا بَل أَنتَ زَان، إذ هِيَ كَلِمَةُ عَطف يُستَدرَكُ بِهَا الغَلَطُ، فَيَصِيرُ الخَبَرُ المَذكُورُ فِي الأَوَّلِ مَذكُورًا فِي الثَّانِي.

(وَمَن قَالَ لِامرَأَتِهِ: يَا زَانِيَةُ، فَقَالَت: لَا بَل أَنتَ، حُدَّت المَرأَةُ، وَلَا لِعَانَ)

قلنا: ذكر في الكشاف[1] أنها على حقيقتها لتمكن المصلوب في الجذع تمكن الكائن في الظرف فيه.

فإن قيل: الكلام فيما إذا ادعى إرادة الصعود، وبالإرادة ترك حقيقة الكلام إلى ما يحتمل، ولا خفاء في الاحتمال.

قلنا: لما ثبت أن ظاهر الفاحشة كان قذفًا حقيقة، ودعوى المجاز غير مسموع من القاذف، كما لو قال: زنيت، وقال: عنيت الزنا فيما دون الفرج.

قوله: (لما ذكرنا)[2] وهو قوله: **(إذا كان مقرونًا بكلمة على)**.

قوله: (يحد للمعين) وهو قوله: **(إن حالة الغضب والسباب تعين الفاحشة مرادًا)** وفي بعض النسخ: **(للمعنى الذي ذكرناه)** وهو قوله: **(إن حالة الغضب)** إلى آخره، والمعنيان يتقاربان.

ولو قال: زنأت، بدون الصلة، فقال أبو يوسف ومحمد: لا يكون قذفًا بدون النية، وبه قال الشافعي في وجه.

وقال [٥٨٦/أ] أبو حنيفة وأحمد: هو قذف صريح؛ لأن العامة لا يعرفون إلا القذف.

وقال الشافعي في وجه وأحمد في رواية: إن كان القائل من أهل اللغة فليس بقذف، وإن كان من العامة قذف، والظاهر هو الأول؛ للعادة.

قوله: (إذْ هِيَ) أي: كلمة (بل) **(كلمة عطف يُستدرك بها الغلط)** والعطف إذا لم يكن له خبر يجعل خبر الأول خبرًا له، فيصير كأنه قال: غلطتَ، لا بل أنت زانٍ.

---

(١) الكشاف للزمخشري (٣/ ٧٦).

(٢) انظر ص ١٠٩.

لِأَنَّهُمَا قَاذِفَانِ وَقَذفُهُ يُوجِبُ اللِّعَانَ وَقَذفُهَا الحَدَّ، وَفِي البُدَاءَةِ بِالحَدِّ إبطَالُ اللِّعَانِ؛ لِأَنَّ المَحدُودَ فِي القَذفِ لَيسَ بِأَهل لَهُ وَلَا إبطَالَ فِي عَكسِهِ أصلا فَيُحتَالُ لِلدَّرءِ، إذ اللِّعَانُ فِي مَعنَى الحَدِّ (وَلَو قَالَت: زَنَيتُ بِكَ، فَلَا حَدَّ وَلَا لِعَانَ) مَعنَاهُ: قَالَت بَعدَمَا قَالَ لَهَا: يَا زَانِيَةُ لِوُقُوعِ الشَّكِّ فِي كُلِّ وَاحِد مِنهُمَا، لِأَنَّهُ يَحتَمِلُ أَنَّهَا أَرَادَت الزِّنَا قَبلَ النِّكَاحِ، فَيَجِبُ الحَدُّ دُونَ اللِّعَانِ لِتَصدِيقِهَا إيَّاهُ وَانعِدَامِهِ مِنهُ، وَيَحتَمِلُ

قوله: (وَلَا إبْطَالَ فِي عَكْسِهِ) يعني لو قدمنا اللعان لا يبطل حد القذف عن المرأة؛ إذ حد القذف يجري عن الملاعنة، فقدمنا الحد عليها درءًا للعان؛ لأنه في معنى الحد.

فإن قيل: قد دل الدليل على البداية باللعان؛ لما أن الزوج بدأ بالقذف، وقذفه لها موجب.

قلنا: لا اعتبار للسبق، فإنه إذا شتم غيرها للزنا فقال: ذلك الغير لا بل أنت يحدان، ولم يقل فيه: إن السابق للقذف أولى.

ونظير هذه المسألة ما ذكر في المبسوط: لو قال لامرأته: يا زانية بنت الزانية صار قاذفًا لها ولأمها، وقذفها يوجب اللعان، وقذف أمها يوجب الحد، فإذا طلبته هي وأمها بدئ بالحد؛ لما في البداية من إسقاط اللعان؛ لما قلنا، وقال الشافعي: يجب حدان أن يبدأ بحد البنت في وجه، والمذهب أن يبدأ بحد الأم.

قوله: (فَلَا حَدَّ) أي: على الرجل (ولا لعان) لأنها صدقته من وجه؛ لأن قولها: زنيت بك يحتمل أنها أرادت به قبل النكاح، فيكون تصديقًا، فيجب حد الزنا عليها؛ لأنها أقرت بالزنا على نفسها. ذكره قاضي خان.

(وانعدامه) أي: انعدام التصديق (منه).

وفي الفوائد الظهيرية[1]: وكان ينبغي أن تحد؛ لأنها قذفت زوجها، وهو لم يصدقها فيه، وبه قال مالك.

وقال أشهب: إلا أن تقول: قلت ذلك مجاوبةً ولم أرد قذفًا ولا إقرارًا، فلا حد عليها.

---

(١) ينظر: فتح باب العناية بشرح النقاية (٦/ ٢٦).

أَنَّهَا أَرَادَت: زِنَايَ مَا كَانَ مَعَك بَعدَ النِّكَاحِ لِأَنِّي مَا مَكَّنت أَحَدًا غَيرَك. وَهُوَ المُرَادُ فِي مِثلِ هَذِهِ الحَالَةِ، وَعَلَى هَذَا الِاعتِبَارِ يَجِبُ اللِّعَانُ دُونَ الحَدِّ عَلَى المَرأَةِ، لِوُجُودِ القَذفِ مِنهُ وَعَدَمِهِ مِنهَا فَجَاءَ مَا قُلنَا.

وعند الشافعي حلفت أنها لم ترد الإقرار بالزنا، وأنها لم ترد قذفه بالزنا، وتكتفي بيمين واحدة في وجه، وعليه الحد دونها؛ لأن هذا ليس بإقرار صحيح بالزنا منها، وقال أحمد كقولنا.

ثم قال في الفوائد: ولا معنى لما قال في الكتاب؛ لأنه يحتمل أنها أرادت بذلك بعد النكاح؛ لأن الوطء بعد النكاح لا يكون زنًا، ومطلق القذف بالزنا محمول على الزنا حقيقة.

والجواب عنه أن الزوج بقوله إياها: يا زانية أغضبها وآذاها، وهي بقولها: زنيتُ بكَ أغضبته وآذته متمسكةً بقوله تعالى: ﴿وَٱلزَّانِيَةُ لَا يَنكِحُهَآ إِلَّا زَانٍ﴾ [النور: ٣] فعلى هذا الاعتبار يجب اللعان لوجود القذف منه، ولا يجب الحد عليها؛ لأنها ما قذفته بالزنا، ولكن سمت الوطء بعد النكاح زنا مجازًا بطريق المشاكلة، كما في قوله تعالى: ﴿فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤] و﴿وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا﴾ [الشورى: ٤٠].

قوله: (فَجَاءَ مَا قُلْنَا) أي: لا حد ولا لعان؛ لوقوع الشك في كل واحد منهما من الحد واللعان؛ إذ يجب كل واحد في حال دون حال كما بينا. إليه الإشارة في قاضي خان.

وفي المبسوط(١): وكذا لو قالت لزوجها ابتداء: زنيتُ بكَ، ثم قذفها الزوج بعد ذلك لم يكن عليه حد ولا لعان؛ لوجود الإقرار منها بالزنا بقولها: زنيتُ بِكَ.

ولو قال لأجنبية: يا زانية، فقالت: زنيت بك لا يحد الرجل؛ لتصديقها إياه، والمقذوف متى صدق القاذف فيما رماه به لا يجب حد القذف، ولكن تحد المرأة؛ لأنها قذفته بالزنا، وتحد بإقرارها بالزنا مرة عند مالك والشافعي حد الزنا، وقد بينا الخلاف فيها.

---

(١) المبسوط (٩/ ١١٩).

(وَمَن أَقَرَّ بِوَلَد، ثُمَّ نَفَاهُ، فَإِنَّهُ يُلَاعِنُ) لِأَنَّ النَّسَبَ لَزِمَهُ بِإِقرَارِهِ، وَبِالنَّفيِ بَعدَهُ صَارَ قَاذِفًا فَيُلَاعِنُ (وَإِن نَفَاهُ ثُمَّ أَقَرَّ بِهِ حُدَّ) لِأَنَّهُ لَمَّا أَكذَبَ نَفسَهُ بَطَلَ اللِّعَانُ، لِأَنَّهُ حَدٌّ ضَرُورِيٌّ صُيِّرَ إِلَيهِ ضَرُورَةَ التَّكَاذُبِ، وَالأَصلُ فِيهِ حَدُّ القَذفِ. فَإِذَا بَطَلَ التَّكَاذُبُ يُصَارُ إِلَى الأَصلِ، (وَالوَلَدُ وَلَدُهُ) فِي الوَجهَينِ: لِإِقرَارِهِ بِهِ سَابِقًا أَو لَاحِقًا، وَاللِّعَانُ يَصِحُّ بِدُونِ قَطعِ النَّسَبِ كَمَا يَصِحُّ بِدُونِ الوَلَدِ (وَإِن قَالَ: لَيسَ بِابنِي وَلَا بِابنِك، فَلَا حَدَّ وَلَا لِعَانَ) لِأَنَّهُ أَنكَرَ الوِلَادَةَ وَبِهِ لَا يَصِيرُ قَاذِفًا.

(وَمَن قَذَفَ امرَأَة وَمَعَهَا أَولَادٌ لَم يُعرَف لَهُم أَبٌ، أَو قَذَفَ المُلَاعَنَةَ بِوَلَد

قوله: (وَمَنْ أَقَرَّ بِوَلَدٍ) يعني له امرأة فولدت فأقر أنه ابنه (ثم نفاه) بأن قال: ليس ولدي.

قوله: (**لأنه**)؛ أي: لأن اللعان (**حد ضروري صُيِّر إليه**) عند (**التكاذب**)، والحد الأصلي حد القذف، فإذا بطل التكاذب بطل اللعان، فيصار إلى الأصل، وهو الحد.

(**والولد ولده**)؛ أي: يثبت نسبه في الوجهين فيما إذا أقر أولًا ثم نفاه، أو نفاه أولًا ثم أقر، ونظيرها ما مر في آخر باب اللعان فيما إذا أقر بأول التوأمين، ونفى الثاني يثبت نسبهما مع اللعان... إلى آخره.

وقوله: (**واللعان يصح...**) إلى آخره، جواب سؤال مقدر، وهو أن يقال: إن سبب اللعان كان نفي الولد، فلما لم يَنْتَفِ الولد كيف يجب اللعان؟ فقال: ليس من ضرورة اللعان قطع النسب؛ لأنه ينفك عنه وجودًا وعدمًا، فاللعان شرع بلا ولد.

ألا ترى إذا تطاولت المدة من حين الولادة ثم [٥٨٦/ب] نفى يلاعن بينهما، ولا ينقطع نسب الولد، ولو نفى ولد امرأته الأمة ينتفي النسب، ولا يجري اللعان بينهما. إليه أشار البزدوي.

قوله: (وبه)؛ أي: بإنكار الولادة (**لا يصير قاذفًا**)؛ لأنه إنكار للزنا، فلم يجب، ولا لعان.

قوله: (**أو قذف الملاعَنة**) - بفتح العين-؛ التي لاعنت بولد. وقد صرح بهذا في الكافي.

وَالوَلَدُ حَيٌّ، أَو قَذَفَهَا بَعدَ مَوتِ الوَلَدِ، فَلَا حَدَّ عَلَيهِ) لِقِيَامِ أَمَارَةِ الزِّنَا مِنهَا وَهِيَ وِلَادَةُ وَلَد لَا أَبَ لَهُ، فَفَاتَت العِفَّةُ نَظَرًا إِلَيهَا وَهِيَ شَرطُ الإِحصَانِ (وَلَو قَذَفَ امرَأَة لَاعَنَت بِغَيرِ وَلَد فَعَلَيهِ الحَدُّ) لِانعِدَامِ أَمَارَةِ الزِّنَا.

قَالَ: (وَمَن وَطِئَ وَطئًا حَرَامًا فِي غَيرِ مِلكِهِ، لَم يُحَدَّ قَاذِفُهُ) لِفَوَاتِ العِفَّةِ، وَهِيَ شَرطُ الإِحصَانِ، وَلِأَنَّ القَاذِفَ صَادِقٌ، وَالأَصلُ فِيهِ: أَنَّ مَن وَطِئَ وَطئًا حَرَامًا لِعَينِهِ لَا يَجِبُ الحَدُّ بِقَذفِهِ؛ لِأَنَّ الزِّنَا هُوَ الوَطءُ المُحَرَّمُ لِعَينِهِ، وَإِن كَانَ مُحَرَّمًا لِغَيرِهِ يُحَدُّ، لِأَنَّهُ لَيسَ بِزِنا، فَالوَطءُ فِي غَيرِ المِلكِ مِن كُلِّ وَجه أَو مِن وَجه

قوله: (نظرًا إليها)؛ أي: إلى الأمارة (وهي) أي: العفة (شرط) وجوب حد القذف وهي فائتة، فلا يجب الحد.

قوله: (لاعنت بغير ولد).

وذكر التمرتاشي: وكذا لو لاعنت بولد ثم أكذب الزوج نفسه، ولزمه الولد، ثم قاذَفها قاذفٌ حُدَّ القاذفُ؛ لزوال التهمة، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد وجمهور العلماء، ولا أعلم فيه خلافًا.

(**لانعدام أمارة الزنا**)، واللعان قائم مقام حد القذف في جانب الزوج؛ فصار مؤكدًا للعفة بخلاف ما لو لاعنت بالولد؛ لأن بطلان الإحصان يقطع النسب بعد اللعان.

فإن قيل: اللعان في جانبها قائم مقام حد الزنا، فكانت محدودة في الزنا، فوجب ألا يحد قاذفها.

قلنا: اللعان في جانبها قائم مقام حد الزنا بالنسبة إلى الزوج لا بالنسبة إلى غيره، فكانت محصنة في حق الغير، ألا ترى أن اللعان قائم مقام حد القذف في حقه بالنسبة إليها لا بالنسبة إلى غيرها حتى قبلنا شهادته، ولا نعلم فيه خلافًا، إلا أن الشافعي قال في وجه: إذا قذفها أجنبي بذلك الزنا التي لاعنت فيه لا يحد.

قوله: (**فالوطء في غير الملك من كل وجه**) كالأجنبية وأمة الغير، أو من أمة كالأمة المشتركة.

حَرَامٌ لِعَينِهِ، وَكَذَا الوَطءُ فِي المِلكِ، وَالحُرمَةُ مُؤَبَّدَةٌ، فَإِن كَانَت الحُرمَةُ مُؤَقَّتَة فَالحُرمَةُ لِغَيرِهِ، وَأَبُو حَنِيفَةَ يَشتَرِطُ أَن تَكُونَ الحُرمَةُ المُؤَبَّدَةُ ثَابِتَة بِالإِجمَاعِ، أَو بِالحَدِيثِ المَشهُورِ لِتَكُونَ ثَابِتَة مِن غَيرِ تَرَدُّد (وَبَيَانُهُ: أَنَّ مَن قَذَفَ رَجُلًا وَطِئَ جَارِيَة

قوله: (وَالْحُرْمَةُ مُؤَبَّدَةٌ) كوطء أمته التي هي أخته من الرضاع، ولو كانت الحرمة مؤقتة، كالأمة المزوجة والأمة المجوسية ووطء أمتيه الأختين أو الوطء في حالة الحيض والنفاس ثابتة بالإجماع، كموطوءة ابنه بالنكاح أو بملك اليمين، ثم اشتراها الابن فوطئها لا يحد قاذفه؛ لأن الحرمة مؤبدة بالإجماع، فلو نظر الى فرج امرأة بشهوة أو لمسها بشهوة ثم اشترى ابنتها أو أمها أو تزوجها فوطئها حد قاذفه عند أبي حنيفة، وبه قال مالك وأحمد والشافعي.

وعندهما لا يحد؛ لأن الحرمة مؤبدة، ولا اعتبار للاختلاف في ثبوت حرمة المصاهرة بالنظر واللمس، كما لو اشترى موطوءة أبيه بالزنا فوطئها يسقط إحصانه، وثبوت حرمة المصاهرة بالزنا مختلف فيه، ولا نص يدل عليه، بل أثبتنا حرمة المصاهرة بهما أخذًا بالاحتياط [إقامةً للسبب الداعي للوطء مقام الوطء، وبمثل هذا الاحتياط](١) لا يثبت الإحصان الثابت بيقين.

بخلاف الزنا فإن ظاهر قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء:٢٢] والنكاح حقيقة للوطء كما عرف، فلا يعتبر اختلاف العلماء مع وجود النص، وكذا وطء الأب جارية ابنه مسقط للإحصان. الكل من المبسوط(٢).

قوله: (أو بالحديث المشهور) وهو قوله عليه السلام: «لَا نِكَاحَ إِلّا بِشُهودٍ»(٣).

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٢) المبسوط للسَّرَخسِي (٩/ ١١٧).

(٣) قال الزيلعي في نصب الراية (٣/ ١٦٧): غريب بهذا اللفظ.

وبنحوه أخرجه ابن حبان (٩/ ٣٨٦ رقم ٤٠٧٥) من حديث عائشة مرفوعا: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل، وما كان من نكاح على غير ذلك فهو باطل، فإن تشاجروا، فالسلطان ولي من لا ولي له».

مُشتَرَكَة بينَهُ وَبَينَ آخَرَ، فَلَا حَدَّ عَلَيهِ) لِانعِدَامِ المِلكِ مِن وَجه (وَكَذَا إِذَا قَذَفَ امرَأَة زَنَت فِي نَصرَانِيَّتِهَا) لِتَحَقُّقِ الزِّنَا مِنهَا شَرعًا لِانعِدَامِ المِلكِ وَلِهَذَا وَجَبَ عَلَيهَا الحَدُّ.

(وَلَو قَذَفَ رَجُلًا أَتَى أَمَتَهُ وَهِيَ مَجُوسِيَّةٌ، أَو امرَأَتَهُ وَهِيَ حَائِضٌ، أَو مُكَاتَبَة لَهُ، فَعَلَيهِ الحَدُّ) لِأَنَّ الحُرمَةَ مَعَ قِيَامِ المِلكِ وَهِيَ مُؤَقَّتَةٌ فَكَانَت الحُرمَةُ لِغَيرِهِ ....

وفي الفوائد الظهيرية: هذا حديث مشهور، ولم يعرف هذا الخلاف بين الصحابة.

ومن صوره: الحرمة الثابتة بالحديث المشهور وطء أمته وهي خالته أو عمته من الرضاع؛ لأن حرمتهما ثابتة بقوله عليه السلام: «**يَحرُمُ مِنَ الرّضاعِ ما يَحرمُ مِنَ النّسَبِ**»[١].

قوله: (**لا حَدَّ عَلَيْهِ**) أي: على قاذفه؛ لانعدام الملك من وجه يصير القاذف صادقًا في كلامه من وجه؛ لأنه في نصيب الشريك زانٍ، والإحصان كما يزول بالزنا من كل وجه يزول بالزنا من وجه؛ لأن حد القذف يسقط بالشبهة، فصار الزنا من وجه شبهة مانعة من وجوب الحد، كما يصير عدم الزنا من وجه شبهة مانعة من وجوب الحد.

وعند مالك يحد؛ لأن ثبوت الإحصان بكل وطء موجب للحد، كوطء المملوكة المحرمة بالرضاع أو الجارية المشتركة أو جارية الابن لا يسقط الإحصان، وكذا الوطء بالشبهة، والوطء في الصبا، ووطء الحائض والنفساء والمحرمة والصائمة لا يسقط. ذكره في الجواهر.

قوله: (**امْرَأَةً زَنَتْ فِي نَصْرَانِيَّتِهَا**).

وفي المبسوط[٢]: لو قذف مسلمًا زنى في حال كفره في دار الحرب أو في دارنا لم يحد قاذفه؛ لأن الزنا يتحقق من الكافر وإن لم يقم عليه الحد، فيكون القاذف صادقًا، فكان التقيد بالنصرانية اتفاقيًا، وعند مالك وأحمد والشافعي في وجه يحد؛ لأنه قذفه في حال كونه مسلمًا محصنًا؛ لعموم الآية ووجود المعنى؛ إذ الزنا في حال الكفر لا يوجب الحد فلا اعتبار له شرعًا.

---

(١) أخرجه البخاري (٣/ ١٧٠ رقم ٢٦٤٥) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٩/ ١١٨).

فَلَم يَكُن زِنا. وَعَن أَبِي يُوسُفَ: أَنَّ وَطءَ المُكَاتَبَةِ يُسقِطُ الإِحصَانَ، وَهُوَ قَولُ زُفَرَ، لِأَنَّ المِلكَ زَائِلٌ فِي حَقِّ الوَطءِ وَلِهَذَا يَلزَمُهُ العُقرُ بِالوَطءِ، وَنَحنُ نَقُولُ: مِلكُ الذَّاتِ بَاق وَالحُرمَةُ لِغَيرِهِ إذ هِيَ مُؤَقَّتَةٌ.

(وَلَو قَذَفَ رَجُلًا وَطِئَ أَمَتَهُ وَهِيَ أُختُهُ مِن الرَّضَاعَةِ لَا يُحَدُّ) لِأَنَّ الحُرمَةَ مُؤَبَّدَةٌ، وَهَذَا هُوَ الصَّحِيحُ (وَلَو قَذَفَ مُكَاتَبًا مَاتَ وَتَرَكَ وَفَاء، لَا حَدَّ عَلَيهِ) لِتَمَكُّنِ الشُّبهَةِ فِي الحُرِّيَّةِ، لِمَكَانِ اختِلَافِ الصَّحَابَةِ.

وجوابه ما قلنا: إن الزنا يتحقق من الكافر إلا أنه لا يحد، فيكون قاذفه صادقًا؛ إذ الزنا [٥٨٧/أ] حرام في كل الأديان، وإنما يرتفع بالإسلام الإثم دون حقيقة الزنا.

قوله: (فَلَمْ يَكُنْ زِنًا)؛ لأن الزنا وطء لم يُلاقِ ملكه، قال تعالى: ﴿إِلَّا عَلَىٰٓ أَزۡوَٰجِهِمۡ أَوۡ مَا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُهُمۡ﴾ [المؤمنون:٦]، وهكذا لو وطئ أمته المزوجة حد قاذفه؛ لأن الحرمة مع قيام الملك، وهي مؤقتة؛ إذ العارض على شرف الزوال.

قوله: **(ولهذا يلزمه العقر بالوطء)** ولو بقي الملك من كل وجه، وحرم الوطء بعارض لمّا وجب العقد، كوطء أمته أو امرأته الحائض.

قوله: **(إذ هي)** أي: الحرمة **(مؤقتة)** ووجوب العقر لا يدل على سقوط الإحصان، كالراهن إذا وطئ أمته المرهونة وهي بكر يلزمه العقر، ولا يسقط الإحصان. كذا في المبسوط[(١)].

قوله: **(وهذا هو الصحيح)** احتراز عن قول الكرخي، فإنه يقول: بوطئها يسقط إحصانه، وبه قال مالك وأحمد والشافعي في وجه؛ لقيام الملك الذي هو مبيح، كوطء أمته المجوسية وامرأته الحائض أو أمته المزوجة لغيره.

وجه الصحيح أن الحل والحرمة متضادان، فمن ضرورة ثبوت الحرمة المؤبدة انتفاء الحل، أو السبب إنما يوجب الحل إذا كان المحلّ قابلًا، وإذا لم يقبل فلا يثبت ملك الحل، فكان فعله في معنى الزنا. كذا في المبسوط[(٢)].

قوله: **(لاختلاف الصحابة)** فإنهم اختلفوا في موته حرًّا أو عبدًا، فأورث

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٩/ ١١٧).

(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٩/ ١١٦).

(وَلَو قَذَفَ مَجُوسِيًّا تَزَوَّجَ بِأُمِّهِ ثُمَّ أَسلَمَ، يُحَدُّ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَا: لَا حَدَّ عَلَيهِ) وَهَذَا بِنَاء عَلَى أَنَّ تَزَوُّجَ المَجُوسِيِّ بِالمَحَارِمِ لَهُ حُكمُ الصِّحَّةِ فِيمَا بَينَهُم عِندَهُ خِلَافا لَهُمَا. وَقَد مَرَّ فِي النِّكَاحِ.

(وَإِذَا دَخَلَ الحَربِيُّ دَارَنَا بِأَمَان فَقَذَفَ مُسلِمًا حُدَّ) لِأَنَّ فِيهِ حَقَّ العَبدِ وَقَد التَزَمَ إِيفَاءَ حُقُوقِ العِبَادِ، وَلِأَنَّهُ طَمِعَ فِي أَن لَا يُؤذَى فَيَكُونَ مُلتَزِمًا أَن لَا يُؤذِيَ وَمُوجِبُ أَذَاهُ الحَدُّ (وَإِذَا حُدَّ المُسلِمُ فِي قَذف سَقَطَت شَهَادَتُهُ وَإِن تَابَ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تُقبَلُ إِذَا تَابَ وَهِيَ تُعرَفُ فِي الشَّهَادَاتِ (وَإِذَا حُدَّ الكَافِرُ فِي قَذف لَم تَجُز شَهَادَتُهُ عَلَى أَهلِ الذِّمَّةِ) لِأَنَّ لَهُ الشَّهَادَةَ عَلَى جِنسِهِ فَتُرَدُّ تَتِمَّة لَحَدِّهِ (فَإِن أَسلَمَ قُبِلَت شَهَادَتُهُ عَلَيهِم وَعَلَى المُسلِمِينَ) لِأَنَّ هَذِهِ شَهَادَةٌ استَفَادَهَا بَعدَ الإِسلَامِ فَلَم تَدخُل تَحتَ

شبهة ولا يثبت شرط إحصان القذف بالشك، ولا أعلم خلافًا.

قوله: (وَقَالَا: لَا حَدَّ عَلَيْهِ) وبه قالت الأئمة الثلاثة (وقد مر في النكاح) أي: في باب نكاح أهل الشرك.

قوله: (فقذف مسلمًا حُدَّ) أي: بإجماع الأئمة الأربعة، وقال أبو حنيفة أولًا: لا يحد؛ لأن المغلب فيه حق الله تعالى، فكان بمنزلة حد الزنا، ثم رجع.

وجه ظاهر الرواية؛ أن المستأمن التزم ألا يؤذي أحدًا؛ لأنه طمع ألا يُؤذَى، فكان ملتزمًا موجب إيذائه، وهو حد القذف، فكان فيه بمنزلة الذمي. كذا في الفوائد الظهيرية.

و(إيفاء) لفظ مصدر (أوفى)، أي: كمل.

قوله: (موجب أَذَاهُ) أي: ملتزمًا موجب أذاه، وهو حد القذف.

قوله: (الشافعي: تُقبَل إذا تاب) وبه قال مالك والليث وعثمان البتّي، وفي الشهادات.

قوله: (قبلت شهادته عليهم وعلى المسلمين) ولا أعلم فيه خلافًا.

قوله: (هَذِهِ شَهَادَةٌ اسْتَفَادَهَا بَعْدَ الْإِسْلَامِ).

فإن قيل: شهادة أهل الذمة ثابتة عندنا، وكانت مردودة بالحدود، فينبغي ألا تقبل على أهل الذمة بالإسلام عندنا.

الرَّدِّ، بِخِلَافِ العَبدِ إذَا حُدَّ حَدَّ القَذفِ ثُمَّ أُعتِقَ، حَيثُ لَا تُقبَلُ شَهَادَتُهُ، لِأَنَّهُ لَا شَهَادَةَ لَهُ أَصلًا فِي حَالِ الرِّقِّ فَكَانَ رَدُّ شَهَادَتِهِ بَعدَ العِتقِ مِن تَمَامِ حَدِّهِ.

قلنا: بلى كذلك، إلا أن بالإسلام استفاد أهلية شهادة أهل الذمة تبعًا لأهلية الشهادة على المسلمين، فكان هذا غير ما كان قبل الإسلام. كذا في جامع شمس الأئمة[١].

قوله: (مِنْ تَمَامِ حَدِّهِ) أي: حد العبد.

في المبسوط[٢]: رد شهادته من تتمة الحد، فيتوقف ذلك على صيرورته أهلًا للشهادة، وبالعتق صار من أهل الشهادة.

فإن قيل: لما لم يكن أهلًا أصلًا حالة رقه لم يكن إقامة الحد ملاقيًا لرد شهادته وقت الإقامة، فلم يكن الحد حال رقه موجبًا رد الشهادة، فكيف ينقلب موجبًا للرد بعد ذلك؟

وينبغي ألا ينقلب، كما في زنا الموجود في دار الحرب، فبالإسلام أو دخول دارنا لا ينقلب موجبًا، وكما في سقوط الاستبراء حال حدوث الملك بنكاح الغير ثم الطلاق بعد ذلك.

قلنا: قال شمس الأئمة[٣]: للعبد حالة إقامة الحد عدالة الإسلام، ولهذا يقبل خبره في الديانات، وقد صارت تلك العدالة مجروحة بالحد، ولم يستفد بالحرية عدالة أخرى، فلا تقبل شهادته.

أما الكافر لم تكن له عدالة الإسلام، ولهذا لا نقبل خبره في الديانات، فعند الإسلام استفاد عدالة حادثة لم تصر مجروحة بالحد، فلهذا كان مقبول الشهادة، أو لأنه لما لم تكن له شهادة أصلًا وقت الحد توقف الحد على حدوث الشهادة، فردت عند حدوثها، بخلاف الذمي، فإن له شهادة في جنسه، فلم يتوقف على حدوث الشهادة، بل يكمل الرد في إبطال تلك الشهادة، فلم تعمل في الحادث. كذا ذكره قاضي خان[٤].

---

(١) العناية شرح الهداية للبابرتي (٥/ ٣٣٩).
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٩/ ١١١).
(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٦/ ١٢٨).
(٤) ينظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (١٦/ ١٢٨).

(وَإِن ضُرِبَ سَوطًا فِي قَذف ثُمَّ أَسلَمَ، ثُمَّ ضُرِبَ مَا بَقِيَ جَازَت شَهَادَتُهُ) لِأَنَّ رَدَّ الشَّهَادَةِ مُتَمِّمٌ لِلحَدِّ فَيَكُونُ صِفَة لَهُ، وَالمُقَامُ بَعدَ الإِسلَامِ بَعضُ الحَدِّ فَلَا يَكُونُ رَدُّ الشَّهَادَةِ صِفَةً لَهُ. وَعَن أَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ تُرَدُّ شَهَادَتُهُ، إذ الأَقَلُّ تَابِعٌ لِلأَكثَرِ، وَالأَوَّلُ أَصَحُّ(*).

قَالَ: (وَمَن قَذَفَ أَو زَنَى أَو شَرِبَ غَيرَ مَرَّة فَحُدَّ، فَهُوَ لِذَلِكَ كُلِّهِ) أَمَّا

قوله: (فلا يكون صفةً له) أي: للحد.

فإن قيل: كما أن المقام بعد الإسلام بعض الحد، فكذلك المقام قبله بعض الحد أيضًا، فينبغي ألا يكون صفة له، وأيضًا جعله لما أقيم بعد الإسلام أولى؛ لما أن العلة إذا كانت ذات وصفين فالاعتبار [٥٨٧/ب] للوصف الأخير.

دليله حديث أبي بكر ﵁ حين قال لزانٍ أَقَرَّ عند النبي ﷺ بالزنا: إياك والرابعة فإنها الموجبة.

قلنا: النص ورد بالجلد والنهي عن القبول، وكل واحد منهما غير مرتب على الآخر نصًّا، فيتعلق كل واحد بما يمكن، والممكن زمان النهي رد شهادة قائمة للحال، فيتقيد النهي به. كذا في الفوائد الظهيرية(١).

قوله: (والأول أصح) ووجهه قد ذكرنا بأن النص ورد بالأمر بالجلد وبالنهي إلى آخر ما ذكره في الفوائد الظهيرية.

قوله: (فَهُوَ لِذَلِكَ كُلِّهِ) وبقولنا قال مالك والثوري وابن أبي ليلى والشعبي والزهري والنخعي وقتادة وحماد وطاوس وأحمد في رواية والشافعي في قول إن قذف الجماعة بكلمة واحدة، أما لو قذفهم بكلمات أو لواحد مرات بزنا آخر يجب لكل قذف حد عنده، وبه قال أحمد في رواية.

واحتجا في ذلك بعموم الآية، ولأنه حق الآدمي، فلا يتداخل حق الآدميين، كالديون والقصاص، بخلاف ما لو قذفهم بكلمة واحدة [أو مرارًا لواحد، فإن المقصود يحصل بواحد، وفي الجديد: لا يتداخل فيما لو قذفهم بكلمة واحدة](٢) أيضًا.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة ومحمد.

(١) انظر: العناية شرح الهداية للعيني (٥/ ٣٤٠).

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

الآخرانِ: فَلِأَنَّ المَقصِدَ مِن إقَامَةِ الحَدِّ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى الِانزِجَارُ، وَاحتِمَالُ حُصُولِهِ بِالأَوَّلِ قَائِمٌ فَتَتَمَكَّنُ شُبهَةُ فَوَاتِ المَقصُودِ فِي الثَّانِي، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا زَنَى وَقَذَفَ وَسَرَقَ وَشَرِبَ، لِأَنَّ المَقصُودَ مِن كُلِّ جِنس غَيرُ المَقصُودِ مِن الآخَرِ فَلَا يَتَدَاخَلُ. وَأَمَّا القَذفُ فَالمُغَلَّبُ فِيهِ عِندَنَا حَقُّ اللَّهِ فَيَكُونُ مُلحَقًا بِهِمَا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: إن اختَلَفَ المَقذُوفُ أَو المَقذُوفُ بِهِ وَهُوَ الزِّنَا لَا يَتَدَاخَلُ، لِأَنَّ المُغَلَّبَ فِيهِ حَقُّ العَبدِ عِندَهُ.

(أما الآخران) أي: حد الشرب وحد الزنا، فلأن المقصود من الحد الزجر عن مباشرة سببه في المُستأنَف (واحتمال حصوله) أي: حصول المقصود، وهو الانزجار، بالحد الأول قائم ثابت، فيتعطل الثاني عما هو المقصود، والحدود تدرأ بالشبهات، بخلاف ما إذا زنا فحد ثم زنا، يجب حد آخر؛ لأنا تيقنا بعدم الانزجار.

قوله: (لأن المقصود من كل جنس غير المقصود من الآخر) فحد الزنا لصيانة الأنساب، وحد السرقة لصيانة الأموال، وحد الشرب لصيانة العقول، وحد القذف لصيانة الأعراض، فلا يتداخل.

قوله: (ملحقًا بهما) أي: بحد الزنا والسرقة.

وفي المبسوط[١]: لو قذف جماعة بكلمة واحدة بأن قال: يا زناة، أو كلمات متفرقة بأن قال: يا زيد أنت زانٍ، يا عمرو أنت زانٍ يتداخل.

قوله: (اختلف المقذوف) بأن قُذِف اثنان، أما لو كان المقذوف واحدًا والمقذوف به أيضًا واحد، بأن قذف رجلًا ثم قذفه ثانيًا بذلك الزنا يتداخل عنده أيضًا، والأصل قوله عليه السلام: «**لا يُعادُ في فِرْيَةٍ جَلْدٌ مَرَّتَيْنِ**»[٢] ونقل فيه إجماع الصحابة.

وفي الفوائد الظهيرية[٣]: حكي عن أبي حنيفة أن ابن أبي ليلى كان قاضيًا بالكوفة، فسمع رجلًا عند باب المسجد فقال: يا ابن الزانيين فأخذه وأدخله في

---

(١) المبسوط للسَّرَخسِي (٩/ ١١١).
(٢) لم أقف عليه في كتب الحديث، وذكره ابن قدامة في المغني (٥/ ٤٣).
(٣) ينظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم (٥/ ٤٣).

فَصلٌ فِي التَّعزِيرِ

المسجد فضربه حدين ثمانين ثمانين؛ لقذفه الوالدين، فأخبر أبو حنيفة ﵁ فقال: يا لله، العجب من قاضي بلدنا، أخطأ في خمسة مواضع في مسألة واحدة:

الأول: أنه أخذه بدون طلب المقذوف.

والثاني: أنه لو خاصم يجب حدٌّ واحد.

والثالث: أنه أي: الواجب عنده حدين، ينبغي أن يتربص بين الحدين يومًا أو أكثر حتى يخف أثر الضرب الأول، وهو قد والَى بينهما.

والرابع: أنه ضربه في المسجد.

والخامس: أنه قذف والديه ينبغي أن يتعرف أنهما في الأحياء أو لا، فإن كانا حيين فالخصومة لهما، وإلا فالخصومة للابن.

فصل في التعزير

لما ذكر الزواجر المقدرة الثابتة بالكتاب والسنة المذكورة المشهورة؛ ذكر في هذا الفصل الزاجر الذي هو دونها في القدر، والقوة في الدليل.

في المغرب[(١)]: التعزير: تأديب دون الحد، وأصله من العزر بمعنى الرد والردع، وجاء بمعنى التعظيم والتطهير، وهو المراد هنا.

وفي المحيط[(٢)]: التعزير مشروع بالكتاب، قال تعالى: ﴿وَٱضۡرِبُوهُنَّۖ﴾ [النساء:٣٤] أمر بضرب الزوجات تأديبًا وتهذيبًا لهن.

وبالسنة، قال عليه السلام: «**لا تَرْفَعْ عصاكَ عنْ أَهْلِكَ**»[(٣)] وروى أنه عليه السلام «**عَزَّرَ رجلًا قال لغيره: يا مُخَنَّثُ**»[(٤)]، وعنه عليه السلام قال: «**رَحِمَ اللَّهُ**

(١) المغرب للمطرزي (ص: ٣١٤).

(٢) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للفخر الزيلعي (٣/ ٢٠٧).

(٣) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير (٢٤/ ١٩٠ رقم ٤٧٩) من حديث أميمة مولاة النبي ﷺ.

(٤) أخرجه الترمذي (٢/ ١١٤ رقم ١٤٦٢) من حديث ابن عباس ﵄ مرفوعًا: «إذا قال الرجل للرجل: يا يهودي، فاضربوه عشرين، وإذا قال: يا مخنث، فاضربوه عشرين، ومن وقع على ذات محرم فاقتلوه».

وقال: هذا حديث لا نعرفه إلا من هذا الوجه، وإبراهيم بن إسماعيل يضعف في الحديث.

....

مَنْ عَلَّقَ سَوْطَهُ حيثُ يَراهُ أَهْلُهُ»[١].

وبإجماع الصحابة، وبالمعنى، وهو أن الزجر عن الجنايات وسوء الأفعال وجب تقليلًا لها، والتعزير صالح للزجر، فيكون مشروعًا.

وذكر التمرتاشي عن السرخسي[٢]: وليس فيه شيء مقدر، بل مفوض إلى رأي القاضي؛ لأن المقصود منه الزجر، وأحوال الناس مختلفة فيه، فمنهم من ينزجر بالنصيحة، ومنهم من يحتاج إلى اللطمة وإلى الضرب، ومنهم من يحتاج إلى الحبس، وبه قالت الأئمة الثلاثة.

وقال الشافعي: التعزير على مراتب:

تعزير [٥٨٨/أ] أشرف الأشراف، وهم العلماء والعلوية بالإعلام، وهو أن يقول له القاضي: بلغني أنك تفعل كذا، فلا تفعل، فينزجر به.

وتعزير الأشراف، وهم الأمراء والدهاقين، بالإعلام والجَرِّ إلى باب القاضي والخصومة في ذلك.

وتعزير الأوساط، وهم السوقية، بالإعلام والجَرِّ والحبس.

وتعزير الأخِسَّة بهذا كله وبالضرب.

وعن أبي يوسف: يجوز التعزير للسلطان بأخذ المال، وعندهما والشافعي ومالك وأحمد لا يجوز بأخذ المال.

وعن التمرتاشي: يجوز إقامة التعزير الذي يجب حقًّا لله تعالى لكل أحد بعلة النيابة.

وسئل الهندواني عمن وجد رجلًا مع امرأة: أيحل له قتله؟.

قال: إن كان يعلم أنه ينزجر عن الزنا بالصياح والضرب بما دون السلاح لا، وإن علم أنه لا ينزجر إلا بالقتل حل له قتله، وإن طاوعته المرأة يحل قتلها أيضًا.

---

(١) بلفظ قريب أخرجه الديلمي في مسند الفردوس (٢/ ٢٦١ رقم ٣٢١١) من حديث جابر رضي الله عنه.
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٤/ ٣٦).

(وَمَن قَذَفَ عَبدًا أَو أَمَة أَو أُمَّ وَلَد أَو كَافِرًا بِالزِّنَا عُزِّرَ) لِأَنَّهُ جِنَايَةُ قَذف، وَقَد امتَنَعَ وُجُوبُ الحَدِّ لِفَقدِ الإِحصَانِ فَوَجَبَ التَّعزِيرُ (وَكَذَا إِذَا قَذَفَ مُسلِمًا بِغَيرِ الزِّنَا، فَقَالَ: يَا فَاسِقُ أَو يَا كَافِرُ أَو يَا خَبِيثُ أَو يَا سَارِقُ) لِأَنَّهُ آذَاهُ وَأَلحَقَ الشَّينَ بِهِ، وَلَا

قال التمرتاشي: وهذا تنصيص على أن الضرب تعزيرًا يملكه الإنسان وإن لم يكن محتسبًا، وصرح في المنتقى بذلك، ولهذا يجوز للمولى أن يعزر عبده أو أمته.

ثم التعزير فيما شرع فيه واجب إذا رآه الإمام، وبه قال مالك وأحمد، وقال الشافعي: ليس بواجب؛ لأن رجلًا جاء إلى النبي ﷺ وقال: إني لقيت امرأة فأصبت منها ما دون أن أطأها، فقال عليه السلام: «**أَصَلَّيْتَ مَعَنا**»؟ قال: نعم، فتَلَا عليه: ﴿إِنَّ ٱلْحَسَنَٰتِ يُذْهِبْنَ ٱلسَّيِّـَٔاتِ﴾[1] [هود: ١١٤].

وقال في الأنصار: «**اقْبَلوا مِنْ مُحْسِنِهِمْ وتَجاوَزوا عَنْ مُسِيئِهِمْ**»[2]، وقال رجل للنبي ﷺ في حُكْمٍ حَكَمَ للزبير: أَنْ كان ابنَ عَمَّتِكَ؟ فغضب النبي ﷺ ولم يُعزِّره على مقالته.

ولنا؛ ما كان منصوصًا عليه من التعزير، كما في وطء جارية امرأته أو جارية مشتركة فيجب امتثال الأمر فيه، وما لم يكن منصوصًا عليه إذا رأى الإمام المصلحة فيه أو علم أنه لا ينزجر إلا به وجب؛ لأنه زاجر مشروع لحق الله تعالى، فوجب كالحد.

قوله: (عُزِّرَ) أي: بإجماع الأئمة الأربعة وأكثر العلماء، وعن داود: يجب الحد على قاذف العبد، وعن ابن المسيب وابن أبي ليلى: يحد قاذف ذمية لها ولد مسلم.

قوله: (لفقد الإحصان) لما بيَّـنّا من شرائط الحرية والإسلام، والكافر يتأذى بنسبته إلى الزنا؛ لأنه يعتقده حرامًا، والمسلم التزم ألا يؤذي ذميًّا؛ لقوله عليه السلام: «**مَنْ آذَى ذِمِّيًّا فَكَأَنَّما آذاني**».

قوله: (فقال يا كافر) إلى آخره وكذا لو قال: يا يهودي، يا نصراني، يا ابن

---

(١) أخرجه البخاري (٨/ ١٦٦ رقم ٦٨٢٣) من حديث أنس بن مالك ﷺ.

(٢) أخرجه البخاري (٥/ ٣٤ رقم ٣٧٩٩) من حديث أنس بن مالك ﷺ.

مَدخَلَ لِلقِيَاسِ فِي الحُدُودِ فَوَجَبَ التَّعزِيرُ، إِلَّا أَنَّهُ يَبلُغُ بِالتَّعزِيرِ غَايَتَهُ فِي الجِنَايَةِ الأُولَى: لِأَنَّهُ مِن جِنسِ مَا يَجِبُ بِهِ الحَدُّ، وَفِي الثَّانِيَةِ: الرَّأيُ إِلَى الإِمَامِ (وَلَو قَالَ: يَا حِمَارُ أَو يَا خِنزِيرُ، لَم يُعَزَّر) لِأَنَّهُ مَا أُلحِقَ الشَّينُ بِهِ ....

النصراني، أو يا لوطي، يا من يعمل عمل قوم لوط، يا من يلعب بالصبيان، يا آكل الربا، يا شارب الخمر، يا دَيُّوث، يا فاجر، يا منافق، يا لص، يا معفوج[(١)]، يا مخنث، يا خائن، يا ابن القحبة، يا زنديق، يا قَرْطَبانُ[(٢)]، يا مأوى الزواني واللصوص عُزِّرَ؛ لأنه آذاه بإلحاق الشين به بلا خلاف إذا لم تثبت هذه الأشياء.

وفي (يا لوطي) سئل عن نيته؛ إن أراد به أنه من قوم لوط فلا شيء عليه، ولو أراد أنه يعمل عمل قوم لوط إما فاعلًا أو مفعولًا فعليه الحد عند أبي يوسف ومحمد وأحمد ومالك والشافعي والحسن والنخعي والزهري وأبي ثور؛ لأنه قذف بما يوجب الحد، وبه قال قتادة وعطاء، والصحيح أنه إن كان في غضب يعزره.

قوله: (في الجناية الأولى) وهو القذف بالزنا.

(وبالثانية) وهو قوله: يا فاسق، إلى آخره.

(ولو قال: يا حمار يا خنزير لم يعزر) وكذا لو قال يا ثور، يا بقر، أو يا حيّة، أو يا ذئب، أو يا حجّام، أو يا بغّاء، أو يا مؤاجر، أو يا ولد الحرام، أو يا عيّار، أو يا ناكس، أو يا منكوس، أو يا سخرة، أو يا ضحكة، أو يا كشحان، أو يا أبله، أو يا موسوس، أو يا ابن الأسود وأبوه ليس كذلك، أو رستاقي وهو ليس كذلك، أو يا مقعد لم يعزر. وقيل: يعزر، وبه قالت الأئمة الثلاثة.

قال ثعلب: القَرْطَبان: الذي يُدخِل الرجالَ على نسائه، وقال: القرطبان والكَشْحان لم أرهما في كلام العرب، ومعناهما عند العامة مثل الديوث أو قريبًا منه، والديوث الذي يُدخِل الرجالَ على امرأته، ولهذا قال أحمد في الكشحان يعزر، ولو قال: يا بليد، يا قذر يعزر.

---

(١) المعفوج: هو المأتيُّ في الدُّبُر.البحر الرائق (٥/ ٥٠).

(٢) القَرْطَبانُ: الدَّيُّوثُ، والذي لا غيرَةَ له، أو القَوَّادُ. القاموس المحيط (١/ ١٢٤).

لِلتَّيَقُّنِ بِنَفيِهِ. وَقِيلَ: فِي عُرفِنَا يُعَزَّرُ، لِأَنَّهُ يُعَدُّ شَينًا، وَقِيلَ: إن كَانَ المَسبُوبُ مِن الأَشرَافِ كَالفُقَهَاءِ وَالعَلَوِيَّةِ يُعَزَّرُ، لِأَنَّهُ يَلحَقُهُم الوَحشَةُ بِذَلِكَ، وَإِن كَانَ مِن العَامَّةِ لَا يُعَزَّرُ، وَهَذَا أَحسَنُ.

وَالتَّعزِيرُ: أَكثَرُهُ تِسعَةٌ وَثَلَاثُونَ سَوطًا، ....

قوله: (لِلتَّيَقُّنِ بِنَفْيِهِ) فإنه يعلم أنه آدمي وليس بحمار، وأن القاذف كاذب، وكذا لو قال: يا كلب، فلا يلحق المقذوفَ بهذا الكلام شينٌ، بل يلحق الكاذبَ بالتيقن بكذبه، ولأن من عادة العرب إطلاق هذه الألفاظ بمعنى البلادة أو الحرص ولا يريدون به الشتمة.

ألا ترون أنهم يسمون به يقولون: [٥٨٨/ب] عياض بن حمار، وسفيان الثوري، والكلبي ونحوه.

قوله: (وقيل: في عرفنا يُعزَّر) قاله الهندواني: لأن هذه الألفاظ تذكر للشتمة في ديارنا.

قوله: (أَكْثَرُهُ تِسْعَةٌ وَثَلَاثُونَ) وبه قال الشافعي في الحر، وقال في العبد: تسعة عشر سوطًا؛ لأن حد الخمر في العبد عشرون عنده فلا يبلغ حدًّا.

وقال مالك: لا حد لأكثره، فيجوز للإمام أن يَزيد التعزيرَ على الحد إذا رأى المصلحة في ذلك؛ لما روي أن معن بن زائدة عمل خاتمًا على نقش بيت المال، فأخذ منه مالًا، فبلغ عمر رضي الله عنه ذلك فضربه مائة وحبسه، وكلم فيه فضربه مائة أخرى، فكلم فيه من بعدُ فضربه مائة ونفاه.

وروى أحمد بإسناده أن عليًّا أُتِيَ بالنجاشي قد شرب خمرًا في رمضان، فجلده ثمانين للشرب، وعشرين سوطًا لفطره في رمضان.

ولنا قوله عليه السلام: «مَنْ بَلَغَ حَدًّا في غَيْرِ حَدٍّ...» الحديث[1]، ولأن العقوبة على قدر الجناية، فالمعاصي المنصوص على حدودها أعظم من غيرها، فلا يجوز أن يبلغ في أهون الأمرين عقوبة أعظمها، ولأن الزنا مع عظمه وفحشه لا يجوز أن يزاد على حده، فما دونه أولى.

---

(١) تقدم تخريجه قريبا.

وَأَقَلُّهُ ثَلَاثُ جَلَدَات. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَبلُغُ بِالتَّعزِيرِ خَمسَة وَسَبعِينَ سَوطًا(*). وَالأَصلُ فِيهِ قَولُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَن بَلَغَ حَدًّا فِي غَيرِ حَدٍّ فَهُوَ مِن المُعتَدِينَ» وَإِذَا تَعَذَّرَ تَبلِيغُهُ حَدًّا فَأَبُو حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٌ نَظَرًا إِلَى أَدنَى الحَدِّ وَهُوَ حَدُّ العَبدِ فِي القَذفِ فَصَرَفَاهُ إِلَيهِ، وَذَلِكَ أَربَعُونَ سَوطًا ....

وحديث معن بن زائدة يحتمل أنه كانت له ذنوب كثيرة فأدب على جميعها، أو تكرر منه، أو كان ذنبه مشتملًا على جنايات كثيرة أحدها: تزويره، والثاني: أخذه لبيت المال بغير حقه، والثالث: فتحه باب هذه الحيلة لغيره، وغير هذا، وأما حديث النجاشي فإن عليًّا رضي الله عنه ضربه الحد لشربه، ثم عزره عشرين.

قوله: (وقال أبو يوسف: تبلغ خمسة وسبعين) وهو الرواية عنه، وبه قال ابن أبي ليلى، ويدل عليه كلام أحمد، فإنه قال: لا يبلغ بكل جناية حدًّا مشروعًا في جنسها، ويجوز أن يبلغ ويزيد على حد غير جنسها، ولكن مذهبه أنه لا يزاد على عشر جلدات.

وبه قال أصحاب الشافعي؛ لما روى أبو بردة قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «**لا يُجْلَدُ أَحَدٌ فَوْقَ عَشَرَةِ أَسْوَاطٍ إلا في حَدٍّ مِنْ حُدودِ اللَّهِ**»[1].

قال صاحب التقريب: الحديث صحيح، وقد اشتهر عن الشافعي أنه قال: مذهبي ما صح به الحديث.

وقلنا: ذكر بعض الثقات أن الحديث منسوخ، بدليل عمل الصحابة بخلافه من غير إنكار عن أحد، فإن عمر رضي الله عنه كتب إلى أبي موسى الأشعري أن لا تَبْلُغْ بِنَكالٍ أكثر من عشرين سوطًا، ويروى ثلاثين إلى أربعين.

قوله: (مَنْ بَلَغَ حَدًّا فِي غَيْرِ حَدٍّ).

في النهاية[2]: (بَلَغَ) بالتخفيف، هو السماع، وهكذا ذكر في الفوائد

(*) **الراجح: قول أبي حنيفة ومحمد.**

(١) أخرجه البخاري (٨/ ١٧٤ رقم ٦٨٤٨)، ومسلم (٣/ ١٣٣٢ رقم ١٧٠٨).

(٢) ينظر: البناية شرح الهداية للعيني (٦/ ٣٩٣).

فَنَقَصَا مِنهُ سَوطًا. وَأَبُو يُوسُفَ اعتَبَرَ أَقَلَّ الحَدِّ فِي الأَحرَارِ، إذ الأَصلُ هُوَ الحُرِّيَّةُ ثُمَّ نَقَصَ سَوطًا فِي رِوَايَة عَنهُ، وَهُوَ قَولُ زُفَرَ وَهُوَ القِيَاسُ، وَفِي هَذِهِ الرِّوَايَةِ نَقَصَ خَمسَة وَهُوَ مَأثُورٌ ....

الظهيرية، فإنه قال: بَلَغَ، بالتخفيف لا بالتشديد، من البلوغ لا من التبليغ؛ لأن المُبَلَّغَ إليه غير مذكور، وبَلَغَ بالتخفيف، أي: كما في بلغ المكان أي: أتاه، فصار تقدير الحديث من أتى حدًّا في موطن لا يجب الحد فهو من المعتدين، وهكذا نقل عن العلامة شمس الأئمة الكردري، وهكذا ذكر في الكافي[1].

وفي المغرب[2]: التثقيل أوضح على حذف المفعول الأول، كما في قوله عليه السلام: «**فَلْيُبَلِّغِ الشَّاهِدُ الغائِبَ**»[3]. وقوله تعالى: ﴿بَلِّغْ مَآ أُنزِلَ إِلَيْكَ﴾ [المائدة:٦٧] على حذف المفعول الثاني، والتقدير: مَنْ بَلَّغَ التعزيرَ حدًّا، وإنما حسن الحذف لدلالة قوله: «**في غير حد**» ولهذا قالوا: لا يجوز تبليغ غير الحد، وقيل: التخفيف أولى؛ لعدم الحاجة إلى الإضمار.

وفي الفوائد الخبازية[4]: إذ بالتشديد معناه: ألا يبلغ الحد غير الحد، وهذا غير مستقيم، وفيه تأمل؛ لأن هذا على تقدير حذف المفعول الثاني، فأما على تقدير حذف المفعول الأول كما ذكر في المغرب يستقيم.

قوله: (فَنَقَصْنا مِنْهُ) أي: من حد العبد في القذف؛ لأنه بناه على حد نكرة، فيعتبر الأدنى، وهو المتيقن، وهو حد القذف على العبيد، وهو حد كامل في نفسه، لكن إذا اعتبر بحد الحر يكون نصفه، وهذا لا يكون نقصانًا في ذاته، فيتناوله مطلق الحد.

قوله: (وَهُوَ الْقِيَاسُ)؛ لأن الحاجة ماسة إلى إظهار التفاوت بين الحد والتعزير، وبنقص الواحد يقع التفاوت.

قوله: (وَهُوَ مَأْثُورٌ) أي: مروي عن علي رضي الله عنه، فإنه قال في التعزير: خمسة

---

(١) ينظر: البناية شرح الهداية للعيني (٦/ ٣٩٣). (٢) المغرب للمطرزي (ص ٥٠).
(٣) أخرجه البخاري (١/ ٢٤/ ٦٧) من حديث أبي بكرة رضي الله عنه.
(٤) ينظر: البناية شرح الهداية للعيني (٦/ ٣٩٣).

عَن عَلِيٍّ فَقَلَّدَهُ، ثُمَّ قَدَّرَ الأَدنَى فِي الكِتَابِ: بِثَلَاثِ جَلَدَات، لِأَنَّ مَا دُونَهَا لَا يَقَعُ بِهِ الزَّجرُ، وَذَكَرَ مَشَايِخُنَا: أَنَّ أَدنَاهُ عَلَى مَا يَرَاهُ الإِمَامُ، فَيُقَدَّرُ بِقَدرِ مَا يُعلَمُ أَنَّهُ يَنزَجِرُ لِأَنَّهُ يَختَلِفُ بِاختِلَافِ النَّاسِ.

وَعَن أَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ عَلَى قَدرِ عِظَمِ الجُرمِ وَصِغَرِهِ، وَعَنهُ: أَن يُقَرَّبَ كُلُّ نَوع مِن بَابِهِ؛ فَيُقَرَّبُ المَسُّ وَالقُبلَةُ مِن حَدِّ الزِّنَا، وَالقَذفُ بِغَيرِ الزِّنَا مِن حَدِّ القَذفِ.

قَالَ: (وَإِن رَأَى الإِمَامُ أَن يَضُمَّ إِلَى الضَّربِ فِي التَّعزِيرِ الحَبسَ فَعَلَ) لِأَنَّهُ صَلُحَ تَعزِيرًا وَقَد وَرَدَ الشَّرعُ بِهِ فِي الجُملَةِ، حَتَّى جَازَ أَن يَكتَفِيَ بِهِ فَجَازَ أَن يُضَمَّ

وسبعون، ولأن أقصى حد[1] العبيد خمسون، وأقصى حد الأحرار مائة، فوجب أن يحدَّ نصف كل واحد منهما وذلك خمسة وسبعون.

وفي الكافي: قول محمد مضطرب في بعض الكتب مع أبي حنيفة، وفي بعض الكتب مع أبي [٥٨٩/أ] يوسف.

(ثم قدَّ الأدنى في الكتاب) أي: في المختصر (بثلاث جلدات لأن ما دونها لا يقع به الزجر)، وذكر مشايخنا أن أدناه مفوض إلى رأي الإمام كما قالت الأئمة الثلاثة.

قوله: (وعنه) أي: عن أبي يوسف.

وفي شرح الأقطع[2]: لو شهدوا عند الإمام على أحد أنه قَبَّلَ أجنبية أو لمسها، روى ابن شجاع عن أبي يوسف أنه على قدر ما يراه الإمام في كل نوع، فالقذف بغير الزنا يقرب من حد القذف، وشرب غير الخمر يقرب من شرب الخمر، والوطء فيما دون الفرج يقرب من حد الزنا حتى يعتبر كل شيء بنوع.

(لأنه) أي: لأن الحبس **(يصلح تعزيرًا، ورد الشرع به)** أي: بالحبس، وهو ما روي أنه عليه السلام **«حبسَ رجلًا للتَّعزيرِ»**[3] ولهذا جاز الاكتفاء به في بعض المواضع، فجاز أن يضم إلى الضرب.

---

(١) في الأصل: (حق)، والمثبت من النسخة الثانية.

(٢) البناية شرح الهداية للعيني (٦/ ٣٩٥).

(٣) أخرجه أبو داود (٣/ ٣١٤ رقم ٣٦٣٠)، والترمذي (٢/ ٨٠ رقم ١٤١٧) من حديث معاوية بن حيدة ﵁.
قال الترمذي: حديث حسن.

إِلَيهِ، وَلِهَذَا لَم يُشرَع فِي التَّعزِيرِ بِالتُّهمَةِ قَبلَ ثُبُوتِهِ كَمَا شُرِعَ فِي الحَدِّ، لِأَنَّهُ مِن التَّعزِيرِ.

قَالَ: (وَأَشَدُّ الضَّربِ التَّعزِيرُ) لِأَنَّهُ جَرَى التَّخفِيفُ فِيهِ مِن حَيثُ العَدَدُ فَلَا يُخَفَّفُ مِن حَيثُ الوَصفُ كَي لَا يُؤَدِّيَ إِلَى فَوَاتِ المَقصُودِ، وَلِهَذَا: لَم يُخَفَّف مِن حَيثُ التَّفرِيقُ عَلَى الأَعضَاءِ قَالَ: ....

(ولهذا لم يشرع) أي: الحبس (في التعزير بالتهمة) أي: تهمة وجوب التعزير قبل ثبوته كما شرع في الحد (لأنه) أي: الحبس (من التعزير) فلا يجوز قبل ثبوته.

قوله: (إلى فوات المقصود) وهو الزجر؛ لأن الألم لما لم يصل إليه لا ينزجر.

وقال أحمد: أشد الضرب ضرب الزاني، ثم حد القذف، ثم حد الشرب، ثم التعزير.

وقال مالك: كلها سواء؛ لأن المقصود من جميعها واحد، وهو الزجر، فيجب تساويها في الصفة.

وأحمد يقول: إن الله تعالى خص الزنا بمزيد تأكيد، وهو قوله تعالى: ﴿تَأْخُذْكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ﴾ [النور:٢] فاقتضى ذلك مزيد تأكيد، ولا يمكن جعل ذلك في العدد، فتعين جعله في الصفة، ثم ضرب القذف؛ لأنه يليه في العدد، وفيه حق الآدمي، ثم الضرب في الشرب؛ لأنه أخف الحدود، وفيه محض حق الله تعالى، ثم التعزير؛ لأنه لا يبلغ به الحد.

قوله: (ولهذا لم يخفف) أي: ضرب التعزير (من حيث التفريق على الأعضاء)؛ لأنه جرى النقصان فيه من حيث العدد، فلو جرى التخفيف من حيث التفريق لَفاتَ المقصود، وهو الزجر.

وذكر في المبسوط[1]: ولهذا يجرد ويعزر في إزار واحد، وعند الأئمة الثلاثة حكم ضرب التعزير حكم ضرب الزنا، وقد بيناه.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٩/ ٧١).

(ثُمَّ حَدُّ الزِّنَا) لِأَنَّهُ ثَابِتٌ بِالكِتَابِ، وَحَدُّ الشُّربِ ثَبَتَ بِقَولِ الصَّحَابَةِ، وَلِأَنَّهُ أَعظَمُ جِنَايَة حَتَّى شُرِعَ فِيهِ الرَّجمُ (ثُمَّ حَدُّ الشُّربِ) لِأَنَّ سَبَبَهُ مُتَيَقَّنٌ بِهِ (ثُمَّ حَدُّ القَذفِ) لِأَنَّ سَبَبَهُ مُحتَمِلٌ لِاحتِمَالِ كَونِهِ صَادِقًا، وَلِأَنَّهُ جَرَى فِيهِ التَّغلِيظُ مِن حَيثُ رَدُّ الشَّهَادَةِ فَلَا يُغَلَّظُ مِن حَيثُ الوَصفُ.

وذكر في المحيط(١): أن محمدًا ذكر في حدود الأصل(٢): التعزير يفرق على الأعضاء، ولا يضرب العضو الذي لا يضرب في حد الزنا، وذكر في أشربة الأصل(٣): يضرب التعزير في موضع واحد.

وليس في المسألة روايتان، لكن موضوع ما ذكر في الحدود أنه وجب بتبليغ التعزير إلى أقصى غاياته بأن أصاب من أجنبية كل محرم غير الجماع، أو أخذ السارق بعدما جمع المتاع قبل الإخراج كانت الحالة هذه، فالإقامة في موضع واحد لا يؤدي إلى فساد ذلك الموضع، ويحصل المقصود وهو الزجر بعدم التفريق.

(لأنه)؛ أي: حد الزنا **(ثابت بالكتاب)** مع ضرب تأكيد كما ذكرنا.

قوله: (بقول الصحابة) ولا يتلى في الكتاب، وفي زمن الرسول ﷺ كان الضرب بالجريد والنعال وأطراف الثياب.

(لأن سببه)؛ أي: سبب حد الشرب، وهو الشرب **(متيقن)** أي: مقطوع بها، فتكون جناية لا شبهة فيه.

(لأن سببه)؛ أي: سبب حد القذف، وهو القذف **(محتمل)** في كونه جناية؛ لاحتمال كونه صادقًا، وإن كان ثابتًا بالكتاب، وإن عجز القاذف عن إقامة البينة فلا يدل على تيقن كذبه؛ لاحتمال أن شهوده غابوا أو ماتوا أو أبوا عن الشهادة.

قوله: (فلا يغلظ من حيث الوصف) وهو التغليظ في الضرب؛ إذ لو جرى فيه تخفيف لا يفوت المقصود، ولأن شارب الخمر قلما يخلو عن القذف،

---

(١) ينظر: درر الحكام لابن فرامرز (٢/ ٧٥).
(٢) ينظر: الآثار لمحمد بن الحسن الشيباني (٢/ ٥٤٠).
(٣) ينظر: الآثار لمحمد بن الحسن الشيباني (٢/ ٥٢٥).

(وَمَن حَدَّهُ الإِمَامُ أَو عَزَّرَهُ فَمَاتَ فَدَمُهُ هَدَرٌ) لِأَنَّهُ فَعَلَ مَا فَعَلَ بِأَمرِ الشَّرعِ،

فيصير كل شارب جامعًا بين الشرب والقذف، فيتحقق منه جنايتان، وهو الشرب والقذف، ومن القاذف جناية واحدة، فلهذا كان ضربه أخف من ضرب الشارب، وإن كان منصوصًا.

قوله: (فدمه هَدَرٌ) وبه قال محمد ومالك إلا أن مالكًا قال: إذا ضربه تعزير مثله لا يضمن، وقال الشافعي: يضمن، وفي محل الضمان قولان:

أحدهما: في بيت المال؛ لأنه عامل المسلمين، فيكون غُرْم عمله في مالهم.

والثاني: على عاقلة الإمام؛ لأن أصل التعزير غير واجب عليه، والضرب غير متعين للتعزير، فيكون فعله مباحًا بشرط السلامة، ولم توجد، فتجب على عاقلته.

وقلنا: الإمام مأمور بالحد والتعزير، وفعل المأمور لا يتقيد بشرط السلامة، كما في الفصاد والبزاغ؛ لأن الأمر طلب الفعل من المأمور، وهو إثباتي، والإثباتات غير قابلة للتعليق بالشرط؛ لأنه حينئذ [٥٨٩/ب] يشبه القمار، فلهذا لا يتقيد بشرط السلامة؛ لأن المأمور يأتي بما في وسعه غير مراقب لوصف السلامة؛ لأنه قد لا يتحقق وصف السلامة، فيبقى المأمور في ضرر الوجوب.

بخلاف المباحات، فإنها رفع القيد، فكان من جنس الإسقاطات، وهي قابلة للتعليق، ولأن فعل المباح في اختيار فاعله إن شاء فعل وإن شاء لا، فيتقيد بوصف السلامة؛ لأنه ضرورة في ترك وصف السلامة، كالمرور في الطريق والاصطياد، بخلاف ما لو جامع امرأته فماتت أو أفضاها حيث لا يضمن عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

ذكره في المحيط، مع أنه مباح، فينبغي أن يتقيد بشرط السلامة؛ لأنه ضمن المهر بذلك الجماع، فلو وجبت الدية يجب ضمانان بمقابلة فعل واحد أو مضمون واحد، وهو منافع البضع، ولهذا لو عزر زوجته فماتت يضمن؛ لأن ذا مباح، ومنفعته ترجع إلى الزوج لا إلى المرأة، فيتقيد بشرط السلامة، فعلى هذا

وَفِعلُ المَأمُورِ لَا يَتَقَيَّدُ بِشَرطِ السَّلَامَةِ كَالفِصَادِ وَالبِزَاغِ، بِخِلَافِ الزَّوجِ إِذَا عَزَّرَ زَوجَتَهُ لِأَنَّهُ مُطلَقٌ فِيهِ، وَالإِطلَاقَاتُ تَتَقَيَّدُ بِشَرطِ السَّلَامَةِ كَالمُرُورِ فِي الطَّرِيقِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تَجِبُ الدِّيَةُ فِي بَيتِ المَالِ، لِأَنَّ الإِتلَافَ خَطَأٌ فِيهِ، إِذ التَّعزِيرُ لِلتَّأدِيبِ، غَيرَ أَنَّهُ تَجِبُ الدِّيَةُ فِي بَيتِ المَالِ، لِأَنَّ نَفعَ عَمَلِهِ يَرجِعُ عَلَى عَامَّةِ المُسلِمِينَ، فَيَكُونُ الغُرمُ فِي مَالِهِم. قُلنَا: لَمَّا استَوفَى حَقَّ اللَّهِ تَعَالَى بِأَمرِهِ صَارَ كَأَنَّ اللَّهَ أَمَاتَهُ مِن غَيرِ وَاسِطَة فَلَا يَجِبُ الضَّمَانُ.

ينبغي ألا يضرب امرأته على ترك الصلاة؛ لأن منفعة ذلك عائد إليها.

وقد ذكر الحاكم: لا يضرب امرأته على ترك الصلاة؛ لأن منفعة ذلك عائد إليها، ويضرب ابنه على تركها.

والمعلم إذا أدّب الصبي فمات منه يضمن عندنا والشافعي.

وقال مالك وأحمد: لا يضمن الزوج ولا المعلم في التعزير ولا الأب في التأديب، والجد والوصي إذا ضربه ضربًا شديدًا لا يضرب مثله في التأديب يضمن بإجماع المسلمين والفقهاء.

ويصح في التعزير الشهادة على الشهادة، وشهادة النساء مع الرجال، والعفو والتكفل؛ لأنه من حقوق العباد، ويشهر في التعزير على حسب ما يراه الإمام.

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كِتَابُ السَّرِقَةِ

السَّرِقَةُ فِي اللُّغَةِ: أَخذُ الشَّيءِ مِن الغَيرِ عَلَى سَبِيلِ الخُفيَةِ وَالِاستِسرَارِ، وَمِنهُ استِرَاقُ السَّمعِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿إِلَّا مَنِ ٱسْتَرَقَ ٱلسَّمْعَ﴾ [الحجر: ١٨] وَقَد زِيدَت عَلَيهِ أَوصَافٌ فِي الشَّرِيعَةِ عَلَى مَا يَأتِيك بَيَانُهُ إن شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى. وَالمَعنَى اللُّغَوِيُّ مُرَاعى فِيهَا ابتِدَاءً وَانتِهَاءً أَو ابتِدَاءً لَا غَيرَ، ....

كتاب السرقة

باب حد السرقة

فلما قدَّم من الحدود والتعزير ما يرجع إلى صيانة النفوس كلًّا وجزءًا واتصالًا؛ شرع في ذكر زواجر ترجع إلى صيانة الأموال، وهو حد السرقة؛ إذ المال تابع للنفس ووقايتها.

قوله: (وَمِنْهُ اسْتَرَقَ السَّمْعَ) استمع على وجه الخفية، قال تعالى: ﴿إِلَّا مَنِ ٱسْتَرَقَ ٱلسَّمْعَ﴾ [الحجر: ١٨] أي: رام اختلاسه سرًّا، ومسروق الشياطين من الملائكة كلام.

قوله: (وقد زيدت عليه)؛ أي: على المعنى اللغوي.

قوله: (أَوِ ابْتِدَاءً لَا غَيْرُ) اعلم أن الخفية في السرقة في الابتداء أو الانتهاء أو فيهما إنما يشترط إذا كان الأخذ نهارًا، أما إذا كان ليلًا فلا يشترط الخفية والاستسرار، بل يقطع.

وإن أخذه من المالك جهارًا في الليل خلا أنه يشترط الاستسرار حالة الدخول حتى لو دخل عليه بسلاح وقاتله وأخذ ماله مكابرة يقطع. هكذا في المبسوط[1] والإيضاح والذخيرة والمحيط[2]؛ لأن الغوث لا يلحقه بالليل بخلاف ما إذا كابره في المصر نهارًا وأخذ ماله لا يقطع استحسانًا.

---

(١) المبسوط للسَّرَخسِي (٩/ ١٣٣).

(٢) ينظر: النهر الفائق شرح كنز الدقائق لسراج الدين ابن نجيم (٣/ ١٨٤).

كَمَا إِذَا نَقَبَ الجِدَارَ عَلَى الِاسْتِسرَارِ وَأَخَذَ المَالَ مِن المَالِكِ مُكَابَرَة عَلَى الجِهَارِ. وَفِي الكُبرَى: أَعنِي قَطعَ الطَّرِيقِ مُسَارَقَةُ عَينِ الإِمَامِ، لِأَنَّهُ هُوَ المُتَصَدِّي لِحِفظِ الطَّرِيقِ بِأَعوَانِهِ. وَفِي الصُّغرَى: مُسَارَقَةُ عَينِ المَالِكِ أَو مَن يَقُومُ مَقَامَهُ.

قَالَ: (وَإِذَا سَرَقَ العَاقِلُ البَالِغُ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ أَو مَا يَبلُغُ قِيمَتُهُ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ مَضرُوبَة مِن حِرز لَا شُبهَةَ فِيهِ وَجَبَ القَطعُ) وَالأَصلُ فِيهِ قَوله تَعَالَى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقۡطَعُوٓاْ أَيۡدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨] الآيَةَ وَلَا بُدَّ مِن اعتِبَارِ العَقلِ وَالبُلُوغِ، لِأَنَّ الجِنَايَةَ لَا تَتَحَقَّقُ دُونَهُمَا، وَالقَطعُ جَزَاءُ الجِنَايَةِ، وَلَا بُدَّ مِن التَّقدِيرِ بِالمَالِ الخَطِيرِ،

والقياس في الليل ألا يقطع في الفصلين؛ لانعدام ركن السرقة، وهو الأخذ استسرارًا وخفية، إلا أنا لو اعتبرنا السر وقت الأخذ لامتنع وجوب القطع في أكثر السرقات؛ لأن أكثر السرقات في الليل تصير مغالبة في الانتهاء؛ لأنه وقت لا يلحقه الغوث بخلاف النهار لا يصير مغالبة غالبًا؛ لأنه يلحقه غوث السلطان وغيره.

ولهذا لو دخل السارق من الباب، والباب مفتوح مردود بعد ما صلى الناس العتمة، ومع السلاح أو لا، وأخذ شيئاً يُقطَع، وما بين العشاء والعتمة كالنهار، حتى لو علم صاحب الدار بدخول اللص بدونه، وكذا لو علم اللص وصاحب الدار لا يعلم قطع، ولو عَلِمَا لا يقطع، ولو لم يَعلَمَا يقطع. الكل من الذخيرة والمحيط[١].

قوله: (أَوْ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ)؛ أي: مقام المالك، كالمودع والمستعير والمضارب والمرتهن.

(وإذا سرق...) إلى آخره، هذا شروع في بيان الأوصاف التي زيدت على المعنى اللغوي.

(لأن الجناية لا تتحقق دونهما) أي: دون العقل والبلوغ؛ إذ لا جناية بلا تكليف، ولا تكليف بدونهما.

قوله: (لَا بُدَّ مِنَ التَّقْدِيرِ بِالْمَالِ الْخَطِيرِ)، وهو النصاب على رأي فقهاء

---

(١) ينظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق لزين الدين ابن نجيم (٥/ ٥٤).

لِأَنَّ الرَّغَبَاتِ تَفتُرُ فِي الحَقِيرِ، وَكَذَا أَخذُهُ لَا يَخفَى فَلَا يَتَحَقَّقُ رُكنُهُ وَلَا حِكمَةُ الزَّجرِ لِأَنَّهَا فِيمَا يَغلِبُ، وَالتَّقدِيرُ بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ مَذهَبُنَا. وَعِندَ الشَّافِعِيِّ: التَّقدِيرُ بِرُبعِ دِينَار. وَعِندَ مَالِك رَحمَةُ اللَّهِ تَعَالَى عَلَيهِ: بِثَلَاثَةِ دَرَاهِمَ. لَهُمَا: أَنَّ القَطعَ عَلَى عَهدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ مَا كَانَ إِلَّا فِي ثَمَنِ المِجَنِّ، وَأَقَلُّ مَا نُقِلَ فِي تَقدِيرِهِ ثَلَاثَةَ دَرَاهِمَ،

الأمصار وأكثر العلماء. وقال الحسن وداود والخوارج وابن بنت الشافعي: يقطع في القليل والخطير؛ لعموم الآية، ولما روي أنه عليه السلام قال: «**لعَنَ اللهُ السّارِقَ يَسرِقُ الحَبلَ فَتُقطَعُ يدُهُ، ويَسرِقُ البيضةَ فتُقطَعُ يدُهُ**» متفق عليه[1]، ولأنه سارق من حرز فتقطع يده كسارق الكثير.

ولنا قوله عليه السلام: «**لا قَطْعَ إلّا في رُبعِ دينارٍ فَصَاعدًا**» [٥٩٠/أ] متفق عليه[2]، وإجماع الصحابة، وبهذا يخص عموم الآية، والحبل يحتمل أن يساوي ثمن المجن بأن يكون حبال السفن، ويحتمل أن يراد بالبيضة بيضة السلاح، هكذا روى عن علي، والمقصود من الحديث بيان إظهار حقارة السارق.

وفي المبسوط[3]: وقيل: هذا في الابتداء لزيادة التغليظ والتشديد، ثم انتسخ بالآثار المشهورة في اعتبار النصاب، ولأن المال القليل تارة لا يقصد المالك إحرازه، والرغبات تفتر في أخذ القليل سرًّا؛ لعدم الضنة به، فلا يتحقق المنع في القليل عادة، فلا يتحقق في القليل ركن السرقة.

واتفق العلماء أن القطع في قدر ثمن المِجَنِّ، لكن اختلفوا في تقديره، فقال الرازي من أصحابنا: قوله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقۡطَعُوٓاْ أَيۡدِيَهُمَا﴾ [المائدة:٣٨]؛ أي: أيمانَهُما باتفاق العلماء مجملة؛ لأنه لا يجري على عمومه بالإجماع؛ لخروج مال غير محرز وَتَاقُه، وشيء حقير لا قيمة له، فتكون السرقة اللغوية غير مرادة، بل المراد الشرعية، وهي مجملة، فقوله عليه السلام: «لَا

---

(١) أخرجه البخاري (٨/ ١٥٩ رقم ٦٧٨٣)، ومسلم (٣/ ١٣١٤ رقم ١٦٨٧) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.
(٢) أخرجه البخاري (٨/ ١٦٠ رقم ٦٧٨٩)، ومسلم (٣/ ١٣١٢ رقم ١٦٨٤) من حديث عائشة رضي الله عنها.
(٣) المبسوط للسرخسي (٩/ ١٣٧- ١٣٨).

وَالأخذُ بِالأَقَلِّ المُتَيَقَّنِ بِهِ أَولَى، غَيرَ أَنَّ الشَّافِعِيَّ رَحِمَهُ اللَّهُ يَقُولُ: كَانَت قِيمَةُ الدِّينَارِ عَلَى عَهدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ اثنَي عَشَرَ دِرهَمًا، وَالثَّلَاثَةُ رُبعُهَا. وَلَنَا: أَنَّ الأَخذَ بِالأَكثَرِ فِي هَذَا البَابِ أَولَى احتِيَالًا لِدَرءِ الحَدِّ. وَهَذَا لِأَنَّ فِي الأَقَلِّ شُبهَةَ عَدَمِ الجِنَايَةِ وَهِيَ دَارِئَةٌ لِلحَدِّ، وَقَد تَأَيَّدَ ذَلِكَ بِقَولِهِ ﷺ: «لَا قَطعَ إِلَّا فِي دِينَارٍ، أَو عَشَرَةِ دَرَاهِمَ»

يُقْطَعُ السَّارِقُ إلا في ثَمَنِ المِجَنِّ» بكسر الميم وفتح الجيم وتشديد النون، متفق عليه[(١)].

واختلفوا في تقديره، فقال مالك وأحمد: وهو ربع دينار أو ثلاثة دراهم؛ لما روي عن عائشة أنها قالت: لا قطع إلا في ربع دينار فصاعدًا، ومثله عن عمر وعثمان وعلي والشافعي والأوزاعي والليث اعتبروا ربع الدينار بما روي عن عائشة وغيرها.

ومالك وأحمد أيضًا ربع الدينار، لكن جعلا ثلاثة دراهم ربع الدينار؛ لأن الدينار كانت على عهد رسول الله ﷺ اثني عشر درهمًا، وثلاثة دراهم تكون ربعه.

وقال أصحابنا والثوري وعطاء: عشرة دراهم؛ لأن المجن الذي قطعت اليد على عهد رسول الله ﷺ تساوي عشرة دراهم، رواه ابن عباس وابن عمر وأيمن الحبشي هو أيمن بن عبيد الحبشي، وهو ابن أم أيمن مولاة رسول الله ﷺ، وهي أم أسامة بن زيد، وأيمن أخو أسامة لأم.

يؤيد ذلك ما روى الحجاج بن أرطاة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله ﷺ: «**لَا قَطْعَ فيما دُونَ عَشَرَةِ دراهِمَ**» ذكره ابن قانع في سننه[(٢)].

وعن ابن مسعود عن النبي ﷺ قال: «**لا تُقطَعُ اليدُ إلّا في دينارٍ أو عَشَرَةِ دَراهِمَ**»[(٣)] فأخذنا بأكثر النُّصُبِ درءًا للحد؛ إذ الروايات في قدر النصاب كثيرة،

---

(١) أخرجه البخاري (٨/ ١٦١ رقم ٦٧٩٤)، ومسلم (٣/ ١٣١٣ رقم ١٦٨٥) من حديث عائشة رضي الله عنها.

(٢) أخرجه أحمد (٢/ ٢٠٤ رقم ٦٩٠٠) من حديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما.
قال الهيثمي: رواه أحمد، وفيه الحجاج بن أرطاة وهو مدلس، ونصر بن باب ضعفه الجمهور، وقال أحمد: ما كان به بأس. مجمع الزوائد (٦/ ٢٧٣).

(٣) أخرجه الطبراني في المعجم الأوسط (٧/ ١٥٥ رقم ٧١٤٢) من حديث ابن مسعود رضي الله عنه.
قال الهيثمي: إسناده ضعيف. مجمع الزوائد (٦/ ٢٧٤).

وَاسمُ الدَّرَاهِمِ يَنطَلِقُ عَلَى المَضرُوبَةِ عُرفًا، فَهَذَا يُبَيِّنُ لَك اشتِرَاطَ المَضرُوبِ كَمَا قَالَ فِي الكِتَابِ وَهُوَ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ، وَهُوَ الأَصَحُّ، رِعَايَة لِكَمَالِ الجِنَايَةِ، حَتَّى لَو

فقد روي عن أبي هريرة وأبي سعيد: يقطع في أربعة دراهم فصاعدًا، وبه قال عكرمة.

وعن عمر رضي الله عنه: لا تقطع إلا في خمسة دراهم، وبه قال ابن أبي ليلى وابن شبرمة وسليمان بن يسار، وروى ذلك عن الحسن، وقال أنس: قطع أبو بكر رضي الله عنه في مجنٍّ قيمته خمسة دراهم.

وما قيل: إن حديث أرطاة ضعيف فليس بقوي؛ لأن غيره من الثقات روى حديثه، وأما حديث عائشة رضي الله عنها فالمراد ثمن المجن، فهذا يدل على أن ثمن المجن كان عند عائشة ربع دينار.

ولهذا قيل: قولها: لا قطع إلا في ربع دينار موقوف عليها، فيمكن أنها قالت ذلك بالاجتهاد، ولهذا ترك يحيى بن سعيد رفع حديثها.

يؤيده ما قال الطحاوي عن يونس بن وهب أن مالكًا يحدثه عن يحيى بن سعيد عن عمرة بنت عبد الرحمن عن عائشة أنها قالت: ما طالَ عَلَيَّ ولَا نَسِيتُ، فهذا يدل على أن الأخذ بقول أيمن وابن عباس وابن عمر في قيمة ثمن المجن أولى؛ لأنهم من جملة الغزاة، فكانوا أعرف بقيمة السلاح، وللثقات فيه كلام كثير، فالحاصل أن الأخذ بالأكثر في هذا الباب أولى درءًا للحد، كما ذكر في المتن؛ إذ في الأخذ بالأكثر درء الحد لا في الأخذ بالأقل، إذ في الأقل شبهة عدم الجناية.

قوله: (كما قال في الكتاب)؛ أي: القدوري، وهو قوله: **(أو ما يبلغ قيمة عشرة دراهم)**[1] مضروبة.

وقوله: (وهو الأصح)؛ احتراز عن رواية الحسن عن أبي حنيفة أن المضروب وغير المضروب سواء. ذكره في المحيط[2].

وقوله: (رعاية لكمال الجناية) دليل الأصح يعني في شروط العقوبات

---

(١) ينظر: البناية شرح الهداية (٧/ ٨).

(٢) انظر ص ١٥٠.

سَرَقَ عَشَرَةً تِبرًا قِيمَتُهَا أَنقَصُ مِن عَشَرَةٍ مَضرُوبَة لَا يَجِبُ القَطعُ، وَالمُعتَبَرُ وَزنُ سَبعَةِ مَثَاقِيلَ، لِأَنَّهُ هُوَ المُتَعَارَفُ فِي عَامَّةِ البِلَادِ. وَقَولُهُ: أَو مَا يَبلُغُ قِيمَتُهُ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ، إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ غَيرَ الدَّرَاهِمِ تُعتَبَرُ قِيمَتُهُ بِهَا وَإِن كَانَ ذَهَبًا، وَلَا بُدَّ مِن حِرز لَا شُبهَةَ فِيهِ، لِأَنَّ الشَّهَادَةَ دَارِئَةٌ، وَسَنُبَيِّنُهُ مِن بَعدُ إِن شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

يراعي وجودها على صفة الكمال، والتِّبرُ أنقص من المضروب قيمة، ولهذا شرطنا الجودة، حتى لو سرق زيوفًا أو نبهرجة أو ستوقة لا يجب القطع. ذكره في شرح الطحاوي؛ لأن نقصان الوصف يوجب نقصان المالية، كنقصان القدر، فأورث شبهة، وعن أبي يوسف: يقطع إن كانت تَرُوجُ؛ لأن بالرَّواج صارت كالجياد.[٥٩٠/ب]

قوله: (**وَالْمُعْتَبَرُ وَزْنُ سَبْعَةِ مَثَاقِيلَ**)، وقد مر في الزكاة.

وقوله (**وإن كان ذهبًا**) وصل، يعني وإن كان غير الدراهم ذهبًا.

وفي المحيط: لو سرق دينارًا قيمته أقل من عشرة دراهم لم يقطع، والذي يروى عنه عليه السلام أنه قال: «**لا قطعَ إلَّا في دينارٍ أو عشرَةِ دراهم**»(١) فالمراد الدينار المقوم بقيمة الشرع عشرة دراهم لا الدينار المقوم بقيمة الوقت؛ لأن القيمة باعتبار الوقت تختلف، قد تكون عشرة، وقد تكون عشرين، وقد تصير ثمانية.

نعم، وقد ورد في بعض الأخبار ذكر الدينار أو ربعه لكنه لم يبلغ في الشهرة مبلغ الدراهم مع ما ذكرنا من كلام الثقات فيه.

وقالت الأئمة الثلاثة: لو سرق ربع دينار قراضة أو تبرًا خالصًا أو خليًّا ففيه القطع.

وقال بعض أصحاب الشافعي: لا قطع؛ لأن الدينار اسم للمضروب، وفي غير الدراهم والدينار تعتبر قيمته بربع دينار أو ثلاثة دراهم.

قوله: (**وَسَنُبَيِّنُهُ**)؛ أي: سنبيّن الحرز مع أنواعه في فصل الحرز.

وبقوله: (**لا شبهة فيه**)، يحترز عما لو سرق من بيت قريب مَحْرَمٍ أو زوجته فإن الحرز قاصر؛ لوجود الإذن بالدخول عادة.

---

(١) تقدم تخريجه قريبا.

قَالَ، (وَالعَبدُ وَالحُرُّ فِي القَطعِ سَوَاءٌ) لِأَنَّ النَّصَّ لَم يُفَصِّل، وَلِأَنَّ التَّنصِيفَ مُتَعَذِّرٌ فَيَتَكَامَلُ صِيَانَةً لِأَموَالِ النَّاسِ.

(وَيَجِبُ القَطعُ بِإِقرَارِهِ مَرَّة وَاحِدَة، وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّد. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا يُقطَعُ إِلَّا بِالإِقرَارِ مَرَّتَينِ) وَرُوِيَ عَنهُ: أَنَّهُمَا فِي مَجلِسَينِ مُختَلِفَينِ، لِأَنَّهُ إِحدَى الحُجَّتَينِ، فَيُعتَبَرُ بِالأُخرَى، وَهِيَ البَيِّنَةُ كَذَلِكَ اعتَبَرنَا فِي الزِّنَا. وَلَهُمَا: أَنَّ السَّرِقَةَ قَد ظَهَرَت بِالإِقرَارِ مَرَّة فَيُكتَفَى بِهِ كَمَا فِي القِصَاصِ وَحَدِّ القَذفِ وَلَا اعتِبَارَ بِالشَّهَادَةِ، لِأَنَّ الزِّيَادَةَ تُفِيدُ فِيهَا تَقلِيلَ تُهمَةِ الكَذِبِ وَلَا تُفِيدُ فِي الإِقرَارِ شَيئًا، لِأَنَّهُ لَا تُهمَةَ. ....

قوله: (بإقراره مرة واحة، وهذا عندهما)؛ أي: عند أبي حنيفة ومحمد، وبه قال أكثر العلماء.

وقال أبو يوسف: لا يقطع إلا بالإقرار مرتين في مجلسين مختلفين.

وذكر بشر رجوع أبي يوسف إلى قولهما، ولأنه روى أبو داود عن أبي أمية المخزومي أنه عليه السلام أُتِيَ بلص قد اعترف فقال له: «**ما إِخَالُكَ سَرَقْتَ**» قال: بلى، فأعاد عليه مرتين أو ثلاثًا فقُطِعَ[1].

وكذا روي عن علي أنه أُتِيَ بلص فأقرُ بالسرقة فرده، وفي لفظ: انتهره، وفي لفظ: طرده، ثم عاد بعد ذلك، فقال: شهدت على نفسك مرتين، وفي رواية: قد أقررت على نفسك مرتين، فأمر به فقُطِع.

قوله: (**ولهما: أن السرقة ظهرت بالإقرار مرة، فيُكتفى به، كما في القصاص وحدُّ القذف، ولا اعتبار بالشهادة**) إلى آخر ما ذكر في المتن.

(لا تهمة) أي: في الإقرار، فلا يفيد التكرار شيئًا؛ لأن الإقرار إن وقع صادقًا فلا يزداد صدقًا بالثاني، وإن وقع كذبًا فلا ينقلب صدقًا بالتكرار.

---

(١) أخرجه أبو داود (٤/ ١٣٤ رقم ٤٣٨٠) والنسائي (٨/ ٦٧ رقم ٤٨٧٧) وابن ماجه (٢/ ٨٦٦ رقم ٢٥٩٧) من حديث أبي أمية المخزومي ﷺ.
قال ابن حجر: قال الخطابي: في إسناده مقال، والحديث إذا رواه مجهول لم يكن حجة، ولم يجب الحكم به. التلخيص الحبير (٤/ ١٨٥).

وَبَابُ الرُّجُوعِ فِي حَقِّ الحَدِّ لَا يَنسَدُّ بِالتَّكرَارِ، وَالرُّجُوعُ فِي حَقِّ المَالِ لَا يَصِحُّ أَصلا، لِأَنَّ صَاحِبَ المَالِ يُكَذِّبُهُ، وَاشتِرَاطُ الزِّيَادَةِ فِي الزِّنَا بِخِلَافِ القِيَاسِ فَيَقتَصِرُ عَلَى مَورِدِ الشَّرعِ. قَالَ: (وَيَجِبُ بِشَهَادَةِ شَاهِدَينِ) لِتَحَقُّقِ الظُّهُورِ كَمَا فِي سَائِرِ الحُقُوقِ، وَيَنبَغِي أَن يَسأَلَهُمَا الإِمَامُ عَن كَيفِيَّةِ السَّرِقَةِ ....

فإن قيل: يحتمل أن يرجع المقر عن إقراره، ويحتمل أن يثبت عليه، فأكد بالتكرار لينقطع الاحتمال، فأجاب عنه وقال: **(وباب الرجوع في حق الحد لا ينسد بالتكرار)**، أما بالرجوع في حق المال لا يصح؛ لأن رب المال يكذبه، فلا يعتبر رجوعه في حقه.

قوله: (بخلاف القياس).

وفي المحيط والمبسوط[(١)]: والقياس في الزنا أن يكتفى بالإقرار مرة فيه، فاشتراط التكرار فيه على خلاف القياس بالنص، **(فيقتصر على مورد الشرع)**، والنص الوارد في الزنا لا يكون واردًا في باب السرقة؛ لأن في السرقة ورد نص آخر أنه عليه السلام «**قطعَ سارقًا بالإقرارِ مرَّةً**»[(٢)].

وأما حديث المخزومي لا يدل على اشتراطه مرتين، بل دل على أنه عليه السلام احتاط في درئه أو على حثه على الرجوع، وهو مستحب، أو على جواز تلقين الرجوع وكذا حديث علي بدليل قوله: شهدت على نفسك مرتين.

قوله: (ويجب) القطع **(بشهادة شاهدين)** مع شرائط الشهادة، ولا خلاف لأهل العلم إذا ثبتت السرقة بشهادة شاهدين عدلين وَوصَفا ما يوجب القطع.

قوله: (عن كيفية السرقة)؛ لأن سرقة المال في بعض الوجوه لا توجب

---

(١) ينظر: البناية شرح الهداية للعيني (٧/ ١١١).

(٢) أخرجه البزار (١٥/ ٤٦ رقم ٨٢٥٩)، والدارقطني (٤/ ٩٧ رقم ٣١٦٣)، والحاكم (٤/ ٣٨١ رقم ٨١٥٠) من حديث أبي هريرة ﷺ قال: أتي النبي ﷺ بسارق فقالوا: سرق قال: «ما أخاله سرق» قال: بلى قد فعلت يا رسول الله قال: «اذهبوا به فاقطعوه، ثم احسموه، ثم ائتوني به» فذهب به فقطع، ثم حسم، ثم أتي به النبي ﷺ فقال: «تب إلى الله» قال: تبت إلى الله قال: «تاب الله عليك»، أو قال: «اللهم تب عليه».

قال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه، وقال الدارقطني: ورواه الثوري، عن يزيد بن خصيفة مرسلًا، وقال ابن الملقن: هذا الحديث صحيح. البدر المنير (٨/ ٦٧٤).

وَمَاهِيَّتِهَا وَزَمَانِهَا وَمَكَانِهَا، لِزِيَادَةِ الِاحتِيَاطِ كَمَا مَرَّ فِي الحُدُودِ، وَيَحبِسُهُ إِلَى أَن يَسأَلَ عَنِ الشُّهُودِ لِلتُّهمَةِ.

القطع؛ لجواز أن يخرج من الحرز ما دون النصاب، ثم عاد وأخرج باقيه، أو أن ينفيه ثم أدخل يده وأخرج المتاع، فعند أبي حنيفة ومحمد؛ لا قطع عليه.

قوله: (وماهيتها) أي: وماهية السرقة؛ لأنها تنطلق على أشياء، فإن من يستمع كلام الغير سرًّا يسمى سارقًا، كما قال تعالى: ﴿إِلَّا مَنِ ٱسۡتَرَقَ ٱلسَّمۡعَ﴾ [الحجر:١٨]، ومن لا يعتدل في الركوع والسجود يسمى سارقًا، قال عليه السلام: «**إن أسوأَ الناسِ من يَسرِقُ مِن صَلاتِهِ**»[(١)].

(وزمانها)؛ لأن القطع لا يقام بتقادم العهد عندنا، وهذا إذا ثبتت السرقة بالبينة، أما إذا ظهرت السرقة بالإقرار لا يحتاج الإمام عن السؤال عن الزمان؛ لأن تقادم العهد لا يمنع صحة الإقرار. ذكره في المبسوط[(٢)] والمحيط.

فإن قيل: ينبغي أن التقادم غير مانع هاهنا، كما أن الشاهد في التأخير غير متهم، ولا تقبل شهادة بدون دعوى المالك، كما في حد القذف لا يمنع بشرطية الدعوى.

قلنا: قدم جوابه في باب الزنا. ذكره في الإيضاح[(٣)].

قوله: (ومكانها)؛ لأنه لا يقام على من باشر في دار الحرب أو من غير الحرز، ويسأل عن المسروق أيضًا. ذكره في الإيضاح والمحيط[(٤)] [٥٩١/أ]؛ إذ سرقة كل مال لا توجب القطع، وعن قدره لاشتراط النصاب عند الجمهور، وعن المسروق منه؛ لجواز أن يكون المسروق منه ذا رحم محرم أو أحد الزوجين.

وفي المبسوط[(٥)]: لم يذكر محمد السؤال عن المسروق منه؛ لأن المسروق

---

(١) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير (٣/ ٢٤٢ رقم ٣٢٨٣) من حديث أبي قتادة ﵁.
قال الهيثمي: رجاله ثقات. مجمع الزوائد (٢/ ١٢٠).

(٢) المبسوط للسرخسي (٩/ ١٤٢)، والبناية شرح الهداية للعيني (٧/ ١١).

(٣) البناية شرح الهداية للعيني (٧/ ١١).

(٤) ينظر: العناية شرح الهداية للبابرتي (٥/ ٣٦٢).

(٥) المبسوط للسَّرَخْسِي (٩/ ١٤٢).

قَالَ: (وَإِذَا اشتَرَكَ جَمَاعَةٌ فِي سَرِقَة، فَأَصَابَ كُلَّ وَاحِد مِنهُم عَشَرَةُ دَرَاهِمَ قُطِعَ، وَإِن أَصَابَهُ أَقَلُّ لَا يُقطَعُ) لِأَنَّ المُوجِبَ سَرِقَةُ النِّصَابِ، وَيَجِبُ عَلَى كُلِّ وَاحِد مِنهُم بِجِنَايَتِهِ، فَيُعتَبَرُ كَمَالُ النِّصَابِ فِي حَقِّهِ.

بَابُ مَا يُقطَعُ فِيهِ وَمَا لاَ يُقطَعُ

منه حاضر يخاصم والشهود يشهدون بالسرقة منه، فلا حاجة إلى السؤال عنه، وإنما يسأل عن الكل احتيالًا للدرء كما في الحدود، فإذا بينوا ذلك ولا يعرِف القاضي حال الشاهدين حبسه حتى يسأل عنهما؛ لأنه صار متهمًا بارتكاب جريمة، ولا يمكن التوثيق بالتكفيل؛ إذ لا كفالة في حد، ولا يتمكن من القضاء قبل ظهور عدالتهما؛ لتعذر تلافي القطع عند وقوع الغلط في القضاء، ويشترط أيضًا أن يذكر في إقراره شروط السرقة من النصاب والحرز وغيره مما ذكرنا في الشاهد ولا خلاف.

قوله: (**وإن أصابه أقل من عشرة**)؛ أي من نصاب السرقة لا يقطع وبه قال الشافعي والثوري وابن ماجشون المالكي، ونقل عن ابن ماجشون يقطعون بكل حال.

وقال مالك وأحمد وأبو ثور: يقطع الكل؛ لأن سرقة النصاب فعل يوجب القطع فيستوي فيه الواحد والجماعة كالقصاص، وكما لو هتكوا الحرز وأخرجوا المتاع فدخلوا تحت النص.

وقلنا: كل واحد يقطع بجنايته، والجناية الموجبة للقطع سرقة النصاب ولم يوجد بخلاف القصاص فإن فعل كل واحد جناية موجبة للقصاص؛ لأن جرح كل واحد صالح؛ لزهوق الروح، وبخلاف ما لو هتكوا الحرز وأخرجوا المتاع؛ لأنهم هتكوا الحرز وأخرجوا فلزمهم القطع كما لو كان ثقيلًا فحملوه، وكذا لو أخرج متاع؛ لأن الإخراج عن الكل معنى للمعاونة كما يجيء.

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع

لما ذكر تفسير السرقة وشروطها، شرع في تعداد المسروق الذي يوجب القطع وما لا يوجب.

(وَلَا قَطعَ فِيمَا يُوجَدُ تَافِهًا مُبَاحًا فِي دَارِ الإِسلَامِ، كَالخَشَبِ وَالحَشِيشِ وَالقَصَبِ وَالسَّمَكِ وَالطَّيرِ وَالصَّيدِ وَالزِّرنِيخِ وَالمَغرَةِ وَالنُّورَةِ) وَالأَصلُ فِيهِ حَدِيثُ

قوله: (فِيمَا يُوجَدُ تَافِهًا...) إلى آخره في المغرب[١]: شيء تافه وتَفِهٌ: حقير وخسيس من باب لبس. هذا عندنا.

وقال الشافعي ومالك وأحمد وأبو ثور: يتعلق القطع بسرقة ما يبلغ قيمته نصابًا إلا التراب، والسرقين، وهو رواية عن أبي يوسف؛ لأنه سرق مالًا متقومًا من حرز لا شبهة فيه، وبكون (جنسه مباحًا)[٢] لا تتمكن شبهة فيه بعد الإحراز، كالذهب والفضة واللؤلؤ والفيروزج فيدخل تحت النص.

ولنا: ظاهر قوله عليه السلام: «النَّاسُ شركاءُ فِي الثّلاثِ...» الحديث[٣] فقد أثبت الشركة العامة في الأشياء المباحة، وذلك شبهة في المنع من وجوب القطع وإن انقطعت الشركة بالإحراز.

وهذا معنى قول الشيخ: (وكذا الشركة العامة التي كانت فيه)؛ أي في كل واحد من الصيد والطير والحصير في أصله بقوله عليه السلام: «الصَّيدُ لمَنْ أخذَهُ»[٤].

قوله: (والأصل فيه)؛ أي في عدم القطع في التافه، وما يوجد مباحًا في

---

(١) المغرب للمطرزي (ص: ٦٠).

(٢) انظر ص ١٥٧.

(٣) أخرجه ابن ماجه (٢/ ٦٢٨ رقم ٢٤٧٢) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.
قال ابن حجر: ابن ماجه من حديث ابن عباس بلفظ المسلمون وفيه عبد الله بن خداش متروك، وقد صححه ابن السكن. تلخيص الحبير (٣/ ١٥٣)، وقال البوصيري: هذا إسناد ضعيف عبد الله بن خداش ضعفه أبو زرعة، والبخاري، والنسائي، وابن حبان وغيرهم، وله شاهد من حديث بهيسة عن أبيها، رواه أبو داود في سننه. إتحاف الخيرة المهرة (٤٧٨).
وأخرجه أبو داود (٣٤٧٧)، وأحمد (٣٨/ ١٧٤) رقم (٢٣٠٨٢) عن أبي خداش، عن رجل من أصحاب النبي ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: «المسلمون شركاء في ثلاث: الماء، والكلإ، والنار».
قال ابن حجر: وقد سئل أبو حاتم عنه، فقال: أبو خداش لم يدرك النبي ﷺ، وهو كما قال فقد سماه أبو داود في روايته حبان بن زيد وهو الشرعبي وهو تابعي معروف. تلخيص الحبير (٣/ ١٥٣).

(٤) قال ابن حجر: لم أجد له أصلًا، وأما ما ذكره ابن حمدون في التذكرة الأدبية له: أن إسحاق الموصلي قال: دخل الفضل بن الربيع على الرشيد، فذكر قصة فيها أن بعض جواريه قالت: =

عَائِشَةَ قَالَت: «كَانَت اليَدُ لَا تُقطَعُ عَلَى عَهدِ رَسُولِ اللَّهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي

دار الإسلام حديث عائشة، وذلك أن أسباب الحدود لا تعرف قياسًا؛ بل تعرف بالنص أو بدلالة أو بالإجماع، ولم يوجد واحد منها في هذه الأشياء، أما الإجماع والنص فظاهران.

وكذا دلالته؛ لأن النص إنما ورد في الأشياء المقدرة بثمن المجن، وهي أموال نفيسة لا توجد مباح الأصل في دار الإسلام؛ إذ كل ما يوجد مباح الأصل في دار الإسلام حقير عرفًا، ولهذا بعد الضِّنَّة، وإظهار الرغبة من باب الخساسة، (ولا يوجد أخذه) بكُرهٍ من مالكه غالبًا؛ فلا يحتاج فيه (إلى شرع الزاجر) وشرعية الحدود للزجر.

ولأنه لما كان مباح الأصل تافهًا جنسًا يقل خطره وقلة الخطر تمنع القطع كالتافه قدرًا وهو ما دون النصاب، ولأن (الخشب يلقى)(١) في القوارع، وإنما يدخل في البيوت لإصلاحها (لا للإحراز)(٢) فاختل إحرازه.

أما الذهب والفضة واللؤلؤ والجوهر فقد روى هشام عن محمد؛ إذا سرقها على الصورة التي توجد مباحة وهو المختلط بالحجر والتراب لا يقطع.

وفي ظاهر المذهب يقطع؛ لأنه ليس بتافه جنسًا فإن كل من يتمكن من أخذه لا يتركه، ويتم إحرازه عادة بخلاف ما ذكرنا من الأشياء فإن من يتمكن من أخذها لا يرغب فيها، ولا يتم إحرازها، ألا ترى أن الناس لا يحرزون الزرنيخ والنورة والجص والقصب والحشيش ونحوها؛ بل يلقونها على الأبواب.

ولا يقال: عدم الإحراز والمبالغة فيه ناشئة عن كثرتها، لا لمعنى في نفسها راجع في ذاتها؛ لأنا نقول زوال الخطر عن العين تارة [٥٩١/ب] يكون لقلتها كما في دون النصاب، وتارة يكون لحقارته في الطباع لا أن يكون كثير الوجود

= حدثنا سفيان، عن أبي الزناد، عن الأعرج، عن أبي هريرة رفعه: «الصيد لمن أخذه لا لمن أثاره»، وأن أخرى حدثته عن مالك، عن الزهري، عن عبد الله بن ظالم، عن سعيد بن زيد رفعه: «من أحيا أرضا ميتة فهي له» فالحديث الأول لا أصل له بهذا الإسناد ولا بغيره، وأما الثاني فقد تقدم من وجه آخر عن سعيد ابن زيد وغيره، والحكاية موضوعة. الدراية (٢/ ٢٥٦).

(١) انظر ص ١٥٨. (٢) انظر ١٥٨.

الشَّيءِ التَّافِهِ»، أَي الحَقِيرِ، وَمَا يُوجَدُ جِنسُهُ مُبَاحًا، فِي الأَصلِ بِصُورَتِهِ غَيرُ مَرغُوب فِيهِ حَقِيرٌ تَقِلُّ الرَّغَبَاتُ فِيهِ وَالطِّبَاعُ لَا تَضِنُّ بِهِ، فَقَلَّمَا يُوجَدُ أَخذُهُ عَلَى كُرهٍ مِن المَالِكِ ....

فإن الأشياء النفيسة، وإن كثرت توجد المبالغة في إحرازها، وقيد (بدار الإسلام)[١]؛ لأن الأموال كلها على الإباحة في دار الحرب.

المُغْرَةُ: الطين الأحمر وقد تسكن الغين ذكره في الصحاح[٢].

قوله: (بصورته)؛ احتراز عن الأبواب والأواني المتخذة من الخشب والحصر البغدادية فإن فيها القطع؛ لتغيرها عن الصورة الأصلية بالصنعة المتقومة.

قوله: (غير مرغوب فيه...) إلى آخره؛ احتراز عن الذهب والفضة واللؤلؤ والجوهر؛ لأنه مرغوبٌ فيها ولا تقل الرغبة فيها ويضن.

فإن قيل: ما فائدة هذه التأكيدات ويكفي قوله: (غير مرغوب فيه)؟.

قلنا: مثل هذه التأكيدات تجيء في كلام الله تعالى مع أنه متعالٍ عن السهو والغلط كما في قوله تعالى: ﴿فَٱعۡتَزِلُواْ ٱلنِّسَآءَ فِي ٱلۡمَحِيضِ وَلَا تَقۡرَبُوهُنَّ﴾ [البقرة:٢٢٢]؛ فأولى أن يجيء في كلام الآدميين الذي هو مظنة السهو، ولإزاحة ما يوهم السامع من وقوع السهو كذا في النهاية[٣].

ويمكن أن يقال: في هذه التأكيدات؛ إشارة إلى نفي أوصاف موجبة؛ لعدم القطع في الذهب والفضة فإن كل وصف من هذه الأوصاف يوجب عدم القطع فقال: كلها منفية في الذهب والفضة.

ثم قوله: (غير مرغوب فيه) بالنصب صفة لقوله: (مباحًا).

وقوله: (حقير) بالرفع؛ أي هو حقير.

وقوله: (لا تضن) -بفتح الضاد وكسرها- من باب علم وضرب، والأصل هو الفتح فالضن والضنانة بالشيء؛ البخل به.

قوله: (فقلَّ ما يوجد أخذه على كره من المالك)؛ أي قليل وجود لحوق

---

(١) النظر ص ١٥٥.

(٢) الصحاح للجوهري (٢/ ٨١٨).

(٣) ينظر: البناية شرح الهداية للعيني (٧/ ١٤).

فَلَا حَاجَةَ إِلَى شَرعِ الزَّاجِرِ، وَلِهَذَا لَم يَجِب القَطعُ فِي سَرِقَةِ مَا دُونَ النِّصَابِ وَلِأَنَّ الحِرزَ فِيهَا نَاقِصٌ؛ أَلَا يُرَى أَنَّ الخَشَبَ يُلقَى عَلَى الأَبوَابِ وَإِنَّمَا يَدخُلُ فِي الدَّارِ لِلعِمَارَةِ لَا لِلإِحرَازِ، وَالطَّيرُ يَطِيرُ وَالصَّيدُ يَفِرُّ وَكَذَا الشَّرِكَةُ العَامَّةُ الَّتِي كَانَت فِيهِ، وَهُوَ عَلَى تِلكَ الصِّفَةِ تُورِثُ الشُّبهَةَ، وَالحَدُّ يَندَرِئُ بِهَا. وَيَدخُلُ فِي السَّمَكِ المَالِحُ

المشقة بالمالك عند أخذ الآخذ لهذه الأشياء منه؛ بل برضا الآخذ توقّيًا عن لحوق سمة خساسة الهمة به، وتفاديًا أن ينسبه الناس إلى دناءة الهمة إذا ضنت همته بهذه الأشياء المحقرة؛ فحينئذ لا يحتاج إلى شرع الزاجر في مثل هذه الأشياء.

يؤيده ما قال في الإيضاح[١]: وتفاهة هذه الأشياء أو خساستها تعرف بالرجوع إلى العرف؛ فإن الضنة بها تعد من باب الخساسة، ويعد إظهار الرغبة فيه أيضًا من باب الخساسة، وتفاهيته من هذه الوجوه تخل بخطره، وقلة الخطر يمنع وجوب القطع كسرقة ما دون النصاب.

قوله: (**وَالطَّيْرُ يَطِيرُ وَالصَّيْدُ يَفِرُّ**)؛ يعني لما كان الأمر كذلك تقل الرغبة فيها فلا يشرع الزاجر في مثله.

(**وكذا الشركة العامة التي كانت فيه**)؛ أي في الصيد يعني مباح للعامة لقوله عليه السلام: «**الصَّيْدُ لِمَن أَخَذَهُ**»[٢] فكان كَمالِ بيت المال والمغانم والحشيش والخشب فلا قطع فيها فكذا في الصيد لمن أخذه ذكره في شرح الطحاوي[٣].

قوله: (وهو)؛ أي الخشب على تلك الصفة، احتراز عن الأواني والأبواب المتخذة فإن فيها القطع كما بينا.

قوله: (**ويدخل في السَّمَك**) المذكور في أول الباب (**المالح**) المقدد الذي فيه الملح.

وفي المغرب[٤] يقال: ماء ملح وسمك مليح ومملوح ولا يقال مالح إلا في

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني (٧/ ٦٨).
(٢) تقدم تخريجه قريبا.
(٣) مختصر شرح الطحاوي للجصاص (٦/ ٢٩٤).
(٤) المغرب للمطرزي (٤٤٥).

وَالطَّرِيُّ، وَفِي الطَّيرِ الدَّجَاجُ وَالبَطُّ وَالحَمَامُ لِمَا ذَكَرنَا، وَلِإِطلَاقِ قَولِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا قَطعَ فِي الطَّيرِ» وَعَن أَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ يَجِبُ القَطعُ فِي كُلِّ شَيء، إِلَّا الطِّينَ وَالتُّرَابَ وَالسِّرقِينَ، وَهُوَ قَولُ الشَّافِعِيِّ، وَالحُجَّةُ عَلَيهِمَا مَا ذَكَرنَا.

قَالَ: (وَلَا قَطعَ فِيمَا يَتَسَارَعُ إِلَيهِ الفَسَادُ، كَاللَّبَنِ وَاللَّحمِ وَالفَوَاكِهِ الرَّطبَةِ) لِقَولِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا قَطعَ فِي ثَمَر وَلَا فِي كَثَر» ....

لغة رديئة. وفي اللّولوالجي: الصنعة التي حدثت في السمك لم توجب زيادة على قيمته قبل الصنعة؛ فلم تكن للصنعة عبرة.

(**وفي الطير**)؛ أي الطير المذكور في أول الباب (**الدجاج والبط والحمام لما ذكرنا أن الطير يطير**) فتقل الرغبة فيه.

وفي جامع المحبوبي[١]: روي أن رجلًا سرق دجاجة فاختصما إلى عثمان رضي الله عنه فقال: لا قطع في الطير، وهكذا قال علي رضي الله عنه من غير خلاف من أحد من الصحابة، وأيضًا تافه مباح الأصل؛ فأشبه الحشيش والحطب كذا في أحكام القرآن للرازي[٢].

وفي المحيط: قال بعض مشايخنا: ينبغي أن يجب القطع في البط والدجاج؛ لأنها ليست بصيد، وشبهة الإباحة في مثل هذه الصورة للصيد به.

قوله: (والفواكه الرطبة) كالبطيخ والفواكه على الشجر والزرع الذي لم يحصد وفيه خلاف الشافعي ومالك وأحمد والأصل فيه قوله عليه السلام: «**لَا قَطْعَ في ثَمرٍ ولَا كَثَرٍ**» رواه أبو داود والنسائي[٣].

وما قال الشافعي: إنه مرسل ليس كذلك؛ لأنه أخرجه الترمذي والنسائي وابن ماجه موصولًا كذا في سنن أبو داود، مع أن العلماء تلقته بالقبول فيكون حجة بالإجماع إلا أن الخصم يقول في الثمر المعلق لما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنه عليه السلام سئل عن الثمر المعلق فذكر الحديث ثم قال: «**فإذا آوَاهُ الجَرِينُ أو الجِرانُ فبلغَ ثمنَ المِجَنِّ؛ ففيهِ القطعُ**»[٤].

---

(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي للجصاص (٦/ ٢٩٤).
(٢) أحكام القرآن للجصاص (٤/ ٧٧). (٣) تقدم تخريجه قريبا.
(٤) تقدم تخريجه قريبا.

وَالكَثَرُ الجُمَّارُ، وَقِيلَ: الوَدِيُّ.

وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا قَطعَ فِي الطَّعَامِ» وَالمُرَادُ وَاللَّهُ أَعلَمُ: مَا يَتَسَارَعُ إِلَيهِ الفَسَادُ كَالمُهَيَّإِ لِلأَكلِ مِنهُ وَمَا فِي مَعنَاهُ كَاللَّحمِ وَالثَّمرِ، لِأَنَّهُ يُقطَعُ فِي

وقلنا: ما يؤويه الجران في عادتهم يابس التمر وفيه [٥٩٢/أ] القطع، وهذا لأن ثمار المدينة لا يؤوى إلا يابسه فيكون مما يبقى بعد الإيواء على عادتهم، وكذا عندنا لا يقطع إذا صارت ثمرًا على رؤوس الأشجار.

قوله: (وَالْكَثَرُ الْجُمَّارُ): وهو شحم النخل وهو شيء أبيض يؤكل مثل لسان الثور كذا ذكره الزرنوجي وكذا في المغرب[(١)].

وفي المبسوط[(٢)] وأحكام القرآن[(٣)]: الكثر؛ الودي وهو صغار النخيل، فيكون دليلًا على عدم القطع في الخشب.

وفي المغرب[(٤)] من قال: الجمار الودي وهو التافه من النخل فقد أخطأ. وروى الحسن البصري أنه عليه السلام قال: «**لَا قَطْعَ في الطّعامِ إلّا ما لَا يَتسارَعُ إليهِ الفَسادُ**»[(٥)] خرج من الحديث بالإجماع، ولا إجماع فيما يتسارع إليه الفساد فبقى داخلًا تحت ظاهر الحديث.

قوله: (كَالْمُهَيَّأِ لِلْأَكْلِ فيه)؛ أي: من الطعام كالخبز واللحم ذكره في الإيضاح وشرح الطحاوي[(٦)].

قوله: (لأنه)؛ أي السارق يُقطَع في الحنطة إجماعًا، وهذا في غير سنة قحط فإنه ذكر في المبسوط[(٧)] والمحيط والمنتقى: إذا سرق الثمر أو الطعام ما يتسارع إليه الفساد أو لا سواء كان محرزًا أو لا، لا قطع عليه؛ لأنه سرق عن ضرورة وجوع، والضرورة تبيح التناول من مال الغير بقدر الحاجة فمنع ذلك

---

(١) المغرب للمطرزي (ص: ٦٨).
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٩/ ١٥٥).
(٣) أحكام القرآن للجصاص (٢/ ٥٣١).
(٤) تقدم تخريجه قريبا.
(٥) أخرجه عبد الرازق في المصنف (١٠/ ٢٢٢ رقم ١٨٩١٥) عن الحسن قال: أتي النبي ﷺ بسارق سرق طعامًا فلم يقطعه. مرسلًا.
(٦) ينظر: البناية شرح الهداية للعيني (٧/ ١٧).
(٧) المبسوط للسَّرَخْسِي (٩/ ١٤٠).

الحِنطَةِ وَالسُّكَّرِ إجماعًا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُقطَعُ فِيهَا لِقَولِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا قَطعَ فِي ثَمَر وَلَا كَثَر، فَإِذَا آوَاهُ الجَرِينُ أَو الجِرَانُ قُطِعَ» قُلنَا: أَخرَجَهُ عَن وِفَاقِ العَادَةِ، وَالَّذِي يُؤوِيهِ الجَرِينُ فِي عَادَتِهِم هُوَ اليَابِسُ مِن الثَّمَرِ وَفِيهِ القَطعُ.

قَالَ: (وَلَا قَطعَ فِي الفَاكِهَةِ عَلَى الشَّجَرِ، وَالزَّرعِ الَّذِي لَم يُحصَد) لِعَدَمِ الإِحرَازِ (وَلَا قَطعَ فِي الأَشرِبَةِ المُطرِبَةِ) لِأَنَّ السَّارِقَ يَتَأَوَّلُ فِي تَنَاوُلِهَا الإِرَاقَةَ،

وجوب القطع لما روي أن النبي ﷺ قال: «**لا قَطعَ في مَجاعَةِ مُضْطَرٍّ**»[1]، وعن عمر رضي الله عنه قال: لا قطع في عام سِنَةٍ.

وفي المغرب[2]: الجرين؛ المربد، وهو الموضع الذي يلقى فيه الرطب ليجف، وجمعه جرن، وجران البعير؛ مقدم عنقه من مذبحه إلى منحره، والجمع جرن فجاز أن يسمى به هاهنا الجران المتخذ منه.

قوله: (**في الفاكهة على الشجر والزرع الذي لم يحصد**)، ولا خلاف فيه للأئمة الثلاثة، وإن كان في حائط محرزًا.

قوله: (**لَا قَطْعَ فِي الْأَشْرِبَةِ الْمُطْرِبَةِ**)؛ أي المُسكِرة بلا خلاف، أما عند الأئمة الثلاثة كالخمر عندهم، وعندنا إن كان الشراب حلوًا فهو مما يتسارع إليه الفساد وإن كان مرًّا فإن كان خمرًا فلا قيمة لها.

وإن كان غيرها فللعلماء في تقوّمها اختلاف فلم يكن في معنى ما ورد به النص؛ لأن ذا مال متقوم بالإجماع، ولأن لكل أحد تأويل أخذه للإراقة للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وخرَّج في الإيضاح، وجامع التمرتاشي أن المراد بالمطربة المسكرة.

وفي الصحاح[3]: الطرب؛ خفة تصيب الإنسان لشدة حزن أو سرور، وفصَّلَ في الأصول السُّكْرَ بغلبة سرور فالتقيا في معنى السرور فاستعير الإطراب للإسكار، وقيّد الأشربة بالمسكرة؛ لأنه يقطع في الخل لأنه لا يتسارع إليه

---

(١) أخرجه الديلمي في مسند الفردوس كما في الغرائب الملتقطة من مسند الفردوس لابن حجر (٣٠٧٢) من حديث أبي أمامة رضي الله عنه رفعه: «لا قطعَ في زمانِ مجاعةٍ».

(٢) المغرب للمطرزي (ص: ٨٠).

(٣) الصحاح للجوهري (١/ ١٧١).

وَلِأَنَّ بَعضَهَا لَيسَ بِمَال، وَفِي مَالِيَّةِ بَعضِهَا اختِلَافٌ فَتَتَحَقَّقُ شُبهَةُ عَدَمِ المَالِيَّةِ. قَالَ: (وَلَا فِي الطُّنبُورِ) لِأَنَّهُ مِن المَعَازِفِ (وَلَا فِي سَرِقَةِ المُصحَفِ وَإِن كَانَ عَلَيهِ حِليَةٌ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُقطَعُ لِأَنَّهُ مَالٌ مُتَقَوَّمٌ حَتَّى يَجُوزُ بَيعُهُ. وَعَن أَبِي يُوسُفَ مِثلُهُ. وَعَنهُ أَيضًا: أَنَّهُ يُقطَعُ إِذَا بَلَغَت الحِليَةُ نِصَابًا، لِأَنَّهَا لَيسَت مِن المُصحَفِ فَتُعتَبَرُ بِانفِرَادِهَا. وَوَجهُ الظَّاهِرِ أَنَّ الآخِذَ يَتَأَوَّلُ فِي أَخذِهِ القِرَاءَةَ وَالنَّظَرَ فِيهِ، وَلِأَنَّهُ لَا مَالِيَّةَ لَهُ عَلَى اعتِبَارِ المَكتُوبِ وَإِحرَازُهُ لِأَجلِهِ لَا لِلجِلدِ وَالأَورَاقِ وَالحِليَةِ، وَإِنَّمَا هِيَ تَوَابِعُ وَلَا مُعتَبَرَ بِالتَّبَعِ، كَمَن سَرَقَ آنِيَة فِيهَا خَمرٌ وَقِيمَةُ الآنِيَةِ تَربُو عَلَى النِّصَابِ.

الفساد، ذكره في الإيضاح[١].

قوله: (**وَفِي مَالِيَّةِ بَعْضِهَا اخْتِلَافٌ**) كالمُنصَّف والباذق وماء الذرة والشعير؛ فإن كل مسكر حرام عند الشافعي كالخمر ولا مالية له.

قوله: (**وَلَا فِي الطُّنْبُورِ**) وما أشبهه من الملاهي؛ إذ لا يقطع بلا خلاف للأئمة فيه لعدم تقومها حتى لا يضمن متلفها.

وعند أبي حنيفة إن ثبت تقومها يضمن متلفها إلا إن أخذها بتأويل النهي عن المنكر مباح فأورث شبهة. و(**المعازف**) جمع المعزف، وهو آلة اللَّهْوِ.

قوله: (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُقْطَعُ)، وبه قال مالك وأبو ثور وابن المنذر وأحمد في رواية وأبو يوسف في رواية لعموم الآية فإنه مال متقوم محرز، ولهذا كان بياضه مالًا متقومًا، وقد ازدادت ماليته بما كتب فيه وبجلده ولهذا صح بيعه وشراؤه.

وجه الظاهر؛ أن ظاهر الرواية - وبه قال أحمد في رواية - إن أخذه بتأويل القراءة، والنظر فيه لإزاحة إشكال وقع، والقطع لا يجب مع الشبهة.

و(**إنما هي**)؛ أي الحلية والأوراق والجلد (**توابع كمن سرق آنية**) فضة (**فيها خمر**)؛ لأن المقصود ما فيها لا الآنية، وبه قال بعض أصحاب الشافعي وهو رد المختلف على المختلف.

---

(١) ينظر: العناية شرح الهداية للبابرتي (٥/ ٣٦٨).

(وَلَا قَطعَ فِي أَبوَابِ المَسجِدِ) لِعَدَمِ الإِحرَازِ فَصَارَ كَبَابِ الدَّارِ بَل أَولَى، لِأَنَّهُ يُحَرَّزُ بِبَابِ الدَّارِ مَا فِيهَا، وَلَا يُحَرَّزُ بِبَابِ المَسجِدِ مَا فِيهِ حَتَّى لَا يَجِبُ القَطعُ بِسَرِقَةِ مَتَاعِهِ. قَالَ: (وَلَا الصَّلِيبِ مِن الذَّهَبِ، وَلَا الشِّطرَنجِ، وَلَا النَّردِ) لِأَنَّهُ يَتَأَوَّلُ مَن أَخَذَهَا الكَسرَ نَهْياً عَن المُنكَرِ، بِخِلَافِ الدِّرهَمِ الَّذِي عَلَيهِ التِّمثَالُ، لِأَنَّهُ مَا أُعِدَّ

وكذا لو سرق ثوبًا خَلِقًا لا يساوي نصاب السرقة، ووجد فيه صرة دراهم، ولم يعلم السارق بها لا قطع عليه؛ لأن ما هو المقصود ليس بنصاب وإن عَلِمَ قُطِعَ.

وعن أبي يوسف يقطع في الحالين؛ لأنه سرقة تمت في نصاب كامل.

وقلنا: السارق قصد إخراج ما يعلم به دون ما لا يعلم كذا في المبسوط[(١)].

قوله: (فَصَارَ كَبَابِ الدَّارِ)، وقال الشافعي وابن القاسم صاحب مالك وأبو ثور وابن المنذر: يقطع؛ لأنه سرق نصابًا محرزًا تحريز مثله، وكذا لو سرق باب الدار.

وبه قال أحمد في رواية وفي رواية كقولنا لعدم الإحراز؛ لأن الباب غير محرز، ولأنه لا مالك له من جهة العباد فلا يقطع فيه كحصير المسجد وقناديله.

وقوله [٥٩٢/ب]: (فصار كباب الدار)؛ رد المختلف على المختلف؛ بل الأوجه تعليل الثاني، وهو أنه لا مالك له في باب المسجد، والتعليل العام عندنا، أن الأبواب لا تكون محرزة عادة؛ لأنه يحرز به فلا يكون هو محرزًا عادة، ولا يقطع؛ لأنه ليس له مالك معين فأشبه بيت المال. كذا في شرح الوجيز[(٢)].

قوله: (ولا الصليب من الذهب)، وكذا من الفضة، **(ولا الشِّطرنج)** بكسر الشين، **(ولا النرد)** وإن كان من الذهب وبقولنا قال أحمد.

وقال الشافعي: يقطع، وبه قال أبو الخطاب من أصحاب أحمد؛ لأنه مال محرز متقوَّم، ولا اعتبار للصنعة فيه.

وقلنا: فيه شبهة إباحة الأخذ للكسر نهيًا للمنكر.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٩/ ١٥٣).

(٢) العزيز شرح الوجيز للرافعي (١١/ ١٨٧).

لِلعِبَادَةِ فَلَا تَثبُتُ شُبهَةُ إِبَاحَةِ الكَسرِ(*). وَعَن أَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ إن كَانَ الصَّلِيبُ فِي المُصَلَّى لَا يُقطَعُ لِعَدَمِ الحِرزِ، وَإِن كَانَ فِي بَيت آخَرَ يُقطَعُ لِكَمَالِ المَالِيَّةِ وَالحِرزِ.

(وَلَا قَطعَ عَلَى سَارِقِ الصَّبِيِّ الحُرِّ، وَإِن كَانَ عَلَيهِ حُلِيٌّ) لِأَنَّ الحُرَّ لَيسَ بِمَال، وَمَا عَلَيهِ مِن الحُلِيِّ تَبَعٌ لَهُ، وَلِأَنَّهُ يَتَأَوَّلُ فِي أَخذِهِ الصَّبِيَّ إسكَاتَهُ أَو حَملَهُ إِلَى مُرضِعَتِهِ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يُقطَعُ إذَا كَانَ عَلَيهِ حُلِيٌّ هُوَ نِصَابٌ(*)، لِأَنَّهُ يَجِبُ القَطعُ بِسَرِقَتِهِ وَحدَهُ فَكَذَا مَعَ غَيرِهِ، وَعَلَى هَذَا إذَا سَرَقَ إِنَاءَ فِضَّة فِيهِ نَبِيذٌ أَو ثَرِيدٌ.

قوله: (إن كان الصليب في المصلى)؛ أي موضع صلاة النصارى وبه صرح في المحيط؛ لعدم الحرز فإن معبدهم غير مبني لحفظ الأموال.

قوله: (الصبي الحر)؛ قيد به احترازًا عن سرقة العبد الصغير كما يجيء وإن كان عليه حلي أو ثياب نفيسة؛ لأنها تبع، والصبي يتزين بالحلي والثياب والزينة تبع لصاحبها وبه قال الشافعي وأبو ثور وأحمد والثوري وابن المنذر.

وقال الحسن ومالك والشعبي: يقطع بسرقة الحُرِّ الصغير؛ لأنه غير مميز فأشبه العبد.

ولنا: أن الحر ليس بمال وما عليه تبع به، وعند أبي يوسف: لو كان ما عليه يبلغ النصاب يقطع وبه قال ابن المنذر وأبو الخطاب الحنبلي؛ لظاهر الآية إذ سرقته تمت في نصاب كامل.

وقلنا: إنه تابع كما ذكرنا، ولأن له تأويلًا في أخذه بأن يقول: كان يبكي فأخذته لأسكته أو أحمله إلى مرضعته.

قوله: (وعلى هذا)؛ أي هذا الخلاف (إذا سرق إناء فضةٍ) أو ذهبٍ (فيه نبيذ) أو خمر (أو ثريد) أو سرق كلبًا عليه قلادة فضة فعند أبي يوسف: يقطع إذا بلغ نصابًا.

وبه قال الشافعي ومالك وأحمد؛ لما ذكرنا أن سرقته تمت في نصاب كامل.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة ومحمد.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة ومحمد.

وَالخِلَافُ فِي الصَّبِيِّ لَا يَمشِي وَلَا يَتَكَلَّمُ كَي لَا يَكُونَ فِي يَدِ نَفسِهِ.

(وَلَا قَطعَ فِي سَرِقَةِ العَبدِ الكَبِيرِ) لِأَنَّهُ غَصبٌ أَو خِدَاعٌ (وَيُقطَعُ فِي سَرِقَةِ العَبدِ الصَّغِيرِ) لِتَحَقُّقِهَا بِحَدِّهَا، إِلَّا إِذَا كَانَ يُعَبِّرُ عَن نَفسِهِ، لِأَنَّهُ هُوَ وَالبَالِغُ سَوَاءٌ فِي اعتِبَارِ يَدِهِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا يُقطَعُ وَإِن كَانَ صَغِيرًا لَا يَعقِلُ وَلَا يَتَكَلَّمُ

وأبو حنيفة ومحمد يقولان: إن الإناء تبع للمظروف وهو المقصود بالأخذ فإذا لم يجب القطع فيما هو الأصل فكيف يجب فيما هو التبع؟، ولأنه متى اجتمع دليلان أحدهما يقتضي القطع والآخر ينفيه، كان ذلك يورث شبهة دارئة للحد.

قوله: (لا يمشي ولا يتكلم) حتى لو كان يمشي ويتكلم ويميِّز، لا يقطع سارقه إجماعًا؛ لأنه في يد نفسه ويكون له يد على نفسه، وعلى ما هو تابع له فكان أخذه خداعًا كذا في المحيط[١].

قوله: (وَيُقْطَعُ فِي سَرِقَةِ الْعَبْدِ الصَّغِيرِ). قال ابن المنذر[٢]: أجمع على هذا أهل العلم فيما إذا لم يعبر عن نفسه فإن كان يعبر ويميز لا قطع فيه بالإجماع إلا أن يكون نائمًا أو مجنونًا أو أعجميًّا لا يميز بين سيده وبين غيره في الطاعة؛ فحينئذ يقطع. ذكر الاستثناء ابن قدامة في المغني[٣]، وللشافعي في أم ولد نائمة وجهان.

وعندنا: لا قطع في الآدمي الذي يعقل، سواء كان نائمًا أو مجنونًا أو أعجميًّا.

وفي الأسرار: لما كان يعبر عن نفسه، ويميز يكون في يد نفسه حتى لو أنكر رقه، لم يبق للسارق عليه يد، ولأنه حافظ نفسه فلا يتصور أخذه منه؛ فإن أخذه وهو نائم عاقل، كان بمنزلة ما لو سرق الحرز بما فيه كسرقة جوالق فيها متاع فلا يقطع، ولو كان يقظان فلا يأخذه إلا مغالبًا أو مخادعًا وذا ليس بسرقة.

---

(١) البناية شرح الهداية للعيني (٧/ ٢٢).
(٢) الإشراف على مذاهب الأشراف لابن المنذر (٧/ ١٩٥).
(٣) المغني لابن قدامة (٩/ ١٠٨).

استِحسَانًا، لِأَنَّهُ آدَمِيٌّ مِن وَجه، مَالٌ مِن وَجه(*)، وَلَهُمَا: أَنَّهُ مَالٌ مُطلَقٌ لِكَونِهِ مُنتَفَعًا بِهِ أَو بِعَرضِ أَن يَصِيرَ مُنتَفَعا بِهِ، إِلَّا أَنَّهُ انضَمَّ إِلَيهِ مَعنَى الآدَمِيَّةِ.

(وَلَا قَطعَ فِي الدَّفَاتِرِ كُلِّهَا) لِأَنَّ المَقصُودَ مَا فِيهَا، وَذَلِكَ لَيسَ بِمَال (إِلَّا فِي

وقال أبو يوسف: لا يُقطَعُ سارق العبد وإن كان صغيرًا غير مميز استحسانًا؛ لأنه آدمي من وجه فلا يكون مالًا، ومال من وجه فجهة كونه آدميًّا تمنع القطع.

وفي المبسوط[1]: المملوك من جنس الحر فإن الجنسية لا تبدل بالرق، وإذا كان لا يقطع لسرقة جنسه من الأحرار، يصير ذلك شبهة.

وفي الأسرار: ماليته ناقصة؛ لأنه جنس الآدمي، ولهذا يلزمه أحكام الشرع، ومن حيث إنه يباع ويشترى ويوهب مالٌ؛ فكان في المالية أنقص من الحشيش والحطب.

ولهما: أن العبد الصغير **(مال مطلق)** يعني من حيث إنه مال لا نقصان به؛ بل هو من أعز الأموال عند الناس، وبه تعرف العزة، ولكن فيه ما ليس بمال من حيث نفسه؛ فكأنه سرق ما هو مال عزيز فيما هو ليس بمال؛ فيقطع كسرقة درة في وعاء ليس بمال؛ فكانت في المالية كاملة، كذا في الأسرار.

قوله: (ولا قطع في الدفاتر كلها) سواء كان فيها علم الشريعة أو الأدب أو الشعر؛ لأن المقصود ما فيها وذا ليس بمال، أما كتب الفقه والحديث والتفسير كالمصحف وقد بينا وجهه.

وأما كتب الأدب اختلف المشايخ فيها فقيل: ملحقة بدفاتر الحساب.

وقيل: بالفقه والتفسير والحديث؛ لأن معرفتها قد تتوقف [٥٩٣/أ] على اللغة والشعر، والحاجة وإن قلت كفت لإيراث شبهة الإباحة، كذا في مبسوط شيخ الإسلام.

وعند الشافعي ومالك وأحمد: يقطع في الدفاتر كلها سواء كانت فيها علوم الشريعة أو غيرها؛ لأنه مال متقوم تبلغ قيمته نصابًا فيدخل في عموم الآية، وقد

(*) الراجح: قول أبي حنيفة ومحمد.

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٩/ ١٦٣).

دَفَاتِرِ الحِسَابِ) لِأَنَّ مَا فِيهَا لَا يُقصَدُ بِالأَخذِ فَكَانَ المَقصُودُ هُوَ الكَوَاغِدَ. قَالَ: (وَلَا فِي سَرِقَةِ كَلبٍ وَلَا فَهدٍ) لِأَنَّ مِن جِنسِهَا يُوجَدُ مُبَاحُ الأَصلِ غَيرُ مَرغُوب فِيهِ، وَلِأَنَّ الِاختِلَافَ بَينَ العُلَمَاءِ ظَاهِرٌ فِي مَالِيَّةِ الكَلبِ فَأَورَثَ شُبهَةً.

(وَلَا قَطعَ فِي دُفٍّ وَلَا طَبل وَلَا بَرْبَطٍ وَلَا مِزمَار) لِأَنَّ عِندَهُمَا: لَا قِيمَةَ لَهَا،

ذكرنا جوابه مرة[(١)].

وفي الفوائد البدرية: المراد بدفاتر الحساب؛ دفاتر أهل العمل والحساب الذي أمضى حسابه فكان ما فيها لا يؤخذ بالقصد؛ إذ ليس فيه أحكام الشرع فكان المقصود الكواغد؛ فيقطع إذا بلغت نصابًا ذكره في المحيط.

قوله: ([ولا][(٢)] في سرقة كلب ولا فهد)، ولا خلاف فيه إلا لأشهب المالكي فإنه قال ذلك في المنهي عن اتخاذه؛ فأما المأذون من اتخاذه ككلب الصيد والماشية فيقطع سارقه.

وقلنا: إنه (**مباح الأصل...**) إلى آخر ما ذكر في المتن.

قوله: (**ولا قطع في طبل ولا دُفٍّ...**) إلى آخره وكذا الحكم في جميع آلات اللّهوِ وبه قال مالك وأحمد.

وقال أصحاب الشافعي: إن كانت قيمته بعد زوال تأليفه نصابًا ففيه القطع وإلا فلا، وقالوا في وجه: لا يقطع مطلقًا كقولنا، وقال ابن هريرة[(٣)] من أصحابه: إن أخرجه مفصّلًا قطع، وإن أخرجه غير مفصل لم يقطع.

وفي المغرب[(٤)]: الدّفُّ -بالفتح والضم-: هو الذي يلعب به وهو نوعان مُدوّر ومربّع.

وأما طبل الغزاة اختلف مشايخنا فيه، واختار الصدر الشهيد أنه لا يجب القطع بسرقته؛ لأنه كما يصلح للغزو يصلح لغيره فتتمكن الشبهة.

---

(١) انظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للفخر الزيلعي (٣/ ٢١٧).

(٢) في الأصل: (إلا)، والمثبت من النسخة الثانية.

(٣) كذا في الأصول الخطية، والصواب: (ابن أبي هريرة)، وهو أبو علي الحسن بن الحسين بن أبي هريرة الفقيه الشافعي.

(٤) المغرب للمطرزي (ص: ١٦٦).

وَعِندَ أَبِي حَنِيفَةَ: آخِذُهَا يَتَأَوَّلُ الكَسرَ فِيهَا(*).

(وَيُقطَعُ فِي السَّاجِ وَالقَنَا وَالآبَنُوسِ وَالصَّندَلِ) لِأَنَّهَا أَموَالٌ مُحَرَّزَةٌ لِكَونِهَا عَزِيزَةً عِندَ النَّاسِ، وَلَا تُوجَدُ بِصُورَتِهَا مُبَاحَة فِي دَارِ الإِسلَام. قَالَ: (وَيُقطَعُ فِي الفُصُوصِ الخُضرِ وَاليَاقُوتِ وَالزَّبَرجَدِ) لِأَنَّهَا مِن أَعَزِّ الأَموَالِ وَأَنفَسِهَا، وَلَا تُوجَدُ مُبَاحَةَ الأَصلِ بِصُورَتِهَا فِي دَارِ الإِسلَامِ غَيرَ مَرغُوب فِيهَا، فَصَارَت كَالذَّهَبِ وَالفِضَّةِ.

(وَإِذَا اتَّخَذَ مِن الخَشَبِ أَوَانِيَ وَأَبوَابا قُطِعَ فِيهَا) لِأَنَّهُ بِالصَّنعَةِ التَحَقَ بِالأَموَالِ النَّفِيسَةِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهَا تُحَرَّزُ بِخِلَافِ الحَصِيرِ، لِأَنَّ الصَّنعَةَ فِيهِ لَم تَغلِب عَلَى الجِنسِ

وقيل: يقطع ذكره في المحيط؛ لأنه مال متقوم.

(وعند أبي حنيفة آخذها يتأول الكسر) نهيًا عن المنكر وفي المبسوط(١): اعتبار القطع باعتبار المقصود.

قوله: (ويقطع في الساج...) إلى آخره ولا خلاف فيه، الساج: شجر يعظم جدًّا قالوا: ولا يَنبتُ إلّا ببلاد الهند وألفه منقلبة عن الواو، وأصله سوج بفتحتين يقال: ساجة مسرجوة؛ أي مخروطة منحوتة الجوانب الأربعة(٢).

و(**القنا**) بالقصر جمع قناة: وهي خشبة الرمح كذا في الديوان والمغرب(٣). والأبنوس -بفتح الباء- مسموع، وهكذا وجد بخط الزرنوجي وهو معروف، وروى هشام عن محمد في الأبنوس فإذا عُمِلَ شَيءٌ قطعه به؛ لأنه بالصنعة التحق بالأموال النفيسة.

قوله: (لم تغلب) وفرق بين العمل المتصل بالخشب، وبين المتصل بالحشيش والقصب والبردي حيث لا يقطع في سرقة هذه الأشياء، وإن كانت معمولة بلغت قيمتها نصابًا.

(*) **الراجح: قول الصاحبين.**

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٩/ ١٥٤).

(٢) المغرب للمطرزي (ص ٢٣٧).

(٣) المغرب للمطرزي (ص ٣٩٥)، وفيه: (والقناة) مجرى الماء تحت الأرض، وأصلها من قناة الرمح وهي خشبها، قال الحماسي: (ورمحا طويل القناة عسولا)، (ومنه) قوله: لا قطع في الخشب إلا في الساج، والصندل، والآبنوس، والقنا، والدارصيني.

حَتَّى يُبسَطُ فِي غَيرِ الحِرزِ، وَفِي الحُصرِ البَغدَادِيَّةِ قَالُوا: يَجِبُ القَطعُ فِي سَرِقَتِهَا لِغَلَبَةِ الصَّنعَةِ عَلَى الأَصلِ، وَإِنَّمَا يَجِبُ القَطعُ فِي غَيرِ المُرَكَّبِ، وَإِنَّمَا يَجِبُ إِذَا كَانَ خَفِيفًا لَا يَثقُلُ عَلَى الوَاحِدِ حَملُهُ، لِأَنَّ الثَّقِيلَ مِنهُ لَا يُرغَبُ فِي سَرِقَتِهِ (وَلَا قَطعَ عَلَى خَائِنٍ وَلَا خَائِنَة) لِقُصُور فِي الحِرزِ (وَلَا مُنتَهِب وَلَا مُختَلِس) لِأَنَّهُ يُجَاهِرُ

وقال: إن الصنعة في الحشيش والقصب والبردي، لا تغلب على الأصل. ألا ترى أنه لا تتضاعف قيمته بسبب الصنعة، ولا يخرج بها من كونه تافهًا فيما بين الناس، حتى إن الحصر منها تبسط في غير الحرز، بخلاف الخشب إذا عُمِلَ حتى إن الحصير إذا غلبت الصنعة على الأصل كما في الحصر البغدادية والمصرية (والعباداني) يُقطَعُ أيضًا وقد مر، وعند الأئمة الثلاثة؛ يقطع في المعمولة وغير المعمولة إذا بلغت نصابًا وقد مر.

قال: (في غير المركب)؛ أي الباب الذي غير مركّب على الجدار ومحرز في الحرز، أما المركّب على الجدار لا قطع فيه عندنا.

وفي المبسوط[1]: سرق باب دار أو مسجد لا يُقطع؛ لأنه ظاهر غير محرز، ولأن بالباب يصير ما في البيت محرزًا؛ فسارقه يصير سارقًا للحرز دون المحرز؛ فصارَ كسرقته الحارس وسرقته ثوبًا بسط على الحائط إلى السكة فإنه غير محرز؛ إذ الحائط غير محرز؛ بل به يحرز ما في البيت.

وعند الأئمة الثلاثة: يقطع في باب الدار؛ لأنه مال متقوم محرز بحرز مثله، وحرز حائط الدار يكون مبنيًّا فيها إذا كانت في العمران، وكذا حرز الباب، وما كان حرزًا لغيره يكون حرزًا لنفسه.

قوله: (ولا قطع على خائن...) إلى آخره، قال الإمام بدر الدين الكردري رحمه الله: الخائن من يخون فيما في يده من الأمانة كالمودع، والخائنة للمؤنث، والانتهاب: أن يأخذ على وجه العلانية قهرًا من بلدة أو قرية، والاختلاس: أن يأخذ من البيت سرعة جهرًا، لا قطع فيها بإجماع العلماء وفقهاء الأمصار؛ لعدم صدق السرقة عليها.

---

(١) المبسوط للسرخسي (٩/ ١٠).

بِفِعلِهِ، كَيفَ وَقَد قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا قَطعَ فِي مُختَلِسٍ وَلَا مُنتَهِبٍ وَلَا خَائِنٍ» (وَلَا قَطعَ عَلَى النَّبَّاشِ) وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّد. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَالشَّافِعِيُّ: عَلَيهِ القَطعُ(*) لِقَولِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَن نَبَشَ قَطَعنَاهُ»، ....

والحديث المذكور في المتن رواه أبو داود، واختلفت الرواية عن أحمد في جاحد العارية: في رواية عليه القطع وبه قال إسحاق لما رُوي عن عائشة أن امرأة كانت تستعير المتاع وتجحده فأمر النبي ﷺ بقطعها[١]، وعن أحمد؛ لا قطع فيه أيضًا كقول الجمهور [٥٩٣/ ب] لما ذكرنا من حديث.

وبالمعنى؛ أن السرقة أخذ مال الغير على سبيل الخفيَة، والجاحد غير سارق بل هو خائن وإنما قطع النبي عليه السلام تلك المرأة لسرقتها لا لجحودها، بدليل قصة الحديث وهي أن أسامة كلم[٢] النبي ﷺ، فقال عليه السلام: **«ألَا أراكَ تُكلِّمني في حَدٍّ من حدودِ اللهِ تَعالى»**، ثم قام عليه السلام خطيبًا فقال: **«إنّما هلكَ من كانَ قبلَكُم بأنهُم إذا سرَقَ فيهمُ الشّريفُ تَركوهُ وإذا سرقَ الضّعيفُ قَطعوهُ والذي نفسي بيدِهِ لو كانتْ فاطمةُ بنتُ محمدٍ لقطَعتُ يدَها»**، ذكر القصة البخاري[٣].

وفي حديث آخر: سرقت قطيفة والقصة واحدة وأنها سرقت فقُطِعَت، وإنما عرفتها عائشة بجحدها للعارية؛ لكونها مشهورة بذلك، وفيه جمع بين الأحاديث والإجماع.

قوله: (وقال أبو يوسف والشافعي)، ومالك وأحمد وأبو ثور والحسن والشعبي والنخعي وقتادة وحماد وعمر بن عبد العزيز.

وفي المبسوط[٤]: وهو مذهب عمر وعائشة وابن مسعود، وقول أبي حنيفة

(*) الراجح: قول أبي حنيفة ومحمد.

(١) أخرجه مسلم (٣/ ١٣١٦ رقم ١٦٨٨) من حديث عائشة ﵂.

(٢) كذا في الأصول الخطية، ولفظه في الصحيحين: أن قريشًا أهمهم شأن المرأة المخزومية التي سرقت، فقالوا: ومن يكلم فيها رسول الله ﷺ؟ فقالوا: ومن يجترئ عليه إلا أسامة بن زيد، حب رسول الله ﷺ، فكلمه أسامة.

(٣) أخرجه البخاري (٤/ ١٧٥ رقم ٣٤٧٥)، ومسلم (٣/ ١٣١٥ رقم ١٦٨٨) من حديث عائشة ﵂.

(٤) المبسوط للسَّرَخْسِي (٩/ ١٥٩).

وَلِأَنَّهُ مَالٌ مُتَقَوَّمٌ مُحرَزٌ يُحرَزُ مِثْلُهُ فَيُقطَعُ فِيهِ. وَلَهُمَا: قَولُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ:

ومحمد مذهب ابن عباس والثوري والأوزاعي ومكحول والزهري، واتفق من بقي من الصحابة، وكانوا متواترين في عهد مروان على عدم القطع، وبه قال الشافعي في القديم واختاره ابن خيران.

ثم الكفن الذي يقطع به ما كان مشروعًا فإن كان أكثر من كفنِ السُّنَّةِ، أو تركه في تابوت فسُرِق التابوت، أو ترك معه طيبًا مجموعًا أو ذهبًا أو فضة أو جوهرًا؛ لم يأخذ شيء من ذلك؛ لأنه ليس بكفن مشروع فتركه فيه تضييع وسفه؛ فلا يكون محرزًا فلا يقطع سارقه.

وفي الوجيز[1]: لا قطع على النباش في بَرِّية ضائعة، ويقطع إذا سرق من قبر محرز محروس، وفي مقابر البلاد وجهان، وفي الزيادة على العدد الشرعي وجهان، ثم الكفن للوارث فهو الخصم في السرقة، وإن كفنه أجنبي فهو الخصم، والطلب له.

وبه قال أحمد في وجه، وقال في وجه: لا يفتقر إلى الطلب؛ لأن طلب السرقة من الأحياء شرع؛ كيلا يكون المسروق ملكًا للسارق وقد آيس من ذلك هاهنا.

قوله عليه السلام: «**ومَنْ نَبَشَ قَطَعْناهُ**» أول الحديث: «**مَنْ غَرِقَ غَرّقْناهُ ومَنْ حَرَقَ حَرَقناهُ ومَن نَبشَ قَطَعْناهُ**»[2].

(**ولأنه مال متقوم**)، وبإلباس الميت لا تختل صفته؛ أي صفة المالية فيه محرز لما أن القبر حرز مثله كالإسطبل للدواب، ولأن القبر حرز للميت فيكون حرزًا لثيابه تبعًا له.

ألا ترى أنه عليه السلام سمى القبر بيتًا في حديث عبادة بن الصامت عن أبي ذر أنه قال قال عليه السلام: «**كيفَ إذا أصابَ النَّاسَ موتٌ يكونُ البيتُ فيهِ بالوَصيفِ؟**» يعني القبر قلت: الله ورسوله أعلم قال عليه السلام: «**عليكَ**

---

(١) ينظر: العزيز شرح الوجيز للرافعي (١١/ ٢٠٤).

(٢) تقدم تخريجه قريبا.

«لَا قَطعَ عَلَى المُختَفِي» وَهُوَ النَّبَّاشُ بِلُغَةِ أَهلِ المَدِينَةِ، وَلِأَنَّ الشُّبهَةَ تَمَكَّنَت فِي المِلكِ، لِأَنَّهُ لَا مِلكَ لِلمَيِّتِ حَقِيقَة وَلَا لِلوَارِثِ لِتَقَدُّمِ حَاجَةِ المَيِّتِ، وَقَد تَمَكَّنَ

بالصبر»[١].

ولهذا لا يضمن الأب والوصي؛ إذا كَفَّنَا صبيًّا من ماله ولو لم يكن محرزًا يكون تضييعًا فيضمنان، وحرز كل شيء ما يليق به، وهو المكان الذي يعتاد حفظه فيه.

ألا ترى أن حرز الدُّرّة الصندوق والحقّة، حتى لو سرق درة من إصطبل لا يقطع، وحرز الدابة الإصطبل، وحرز الشاة الحظيرة حتى لو سرق من الحظيرة الثياب النفيسة لا يقطع، وقد وجد هاهنا حرز مثله؛ لأن الموضع الذي أعد لحرز الميت والكفن القبر، فثبت أن النبش غير السرقة، يؤيده ما روت عائشة أنه قال عليه السلام: **«سارِقُ أمْواتِنا كَسارِقِ أحْيائِنا»**[٢].

ولنا قوله عليه السلام: **«لا قطعَ على المُختفي....»** الحديث[٣]، ولأن الخلل ممكن في السرقة والمملوكية والمالية والحرز والمقصود، وكل واحد منها يمنع القطع.

أما الأول؛ فلأن السرقة أخذ المال على وجه المسارقة عين حافظ قصد حفظه، لكنه انقطع حفظه بعارض نوم، والنباش لا يسارق عين الميت؛ إذ لا يتصور منه الحفظ، وإنما يسارق عين من لعله يهجم عليه، وهو لذا غير حافظ ولا قاصد لئلا يقف على فعله القبيح كالزاني وشارب الخمر.

وأما الثاني؛ فإن المملوك لا يكون بلا مالك، والكفن غير مملوك للوارث؛ لأنه إنما يملك ما فضل عن حاجة الميت، ولا للميت؛ لأن الموت ينافي المالكية؛ لأنها عبارة عن القدرة والاستيلاء، وذا يكون بالحياة. نعم يقطع لسرقة التركة المستغرقة؛ لأنها مملوكة للغريم حتى كان له أن يأخذها بحقه.

---

(١) أخرجه أبو داود (٤/ ١٠١ رقم ٤٢٦١)، وابن ماجه (٢/ ١٣٠٨ رقم ٣٩٥٨) من حديث أبي ذر رضي الله عنه.
وصححه الحاكم على شرط الشيخين. المستدرك (٢/ ١٦٩ رقم ٢٦٦٦).

(٢) أخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار (١٢/ ٤٠٩ رقم ١٧١٨٣) من قول عائشة رضي الله عنها.

(٣) تقدم تخريجه قريبا.

الخَلَلُ فِي المَقصُودِ وَهُوَ الِانزِجَارُ، لِأَنَّ الجِنَايَةَ فِي نَفسِهَا نَادِرَةُ الوُجُودِ وَمَا رَوَاهُ

وأما الثالث؛ فلأن المال غير الآدمي خلق لمصلحة الآدمي، ويجري فيه الشح والضنة، والطباع السليمة لا تضن به بل يتنفر عنه.

وأما الرابع؛ فلأنه لا يخلو؛ إما أن يكون محرزًا [٥٩٤/أ] بالميت وهو لا يحفظ نفسه فكيف يحفظ غيره؟ أو بالقبر؛ وهو حفرة بالصحراء فلا يكون حرزًا، ألا ترى أنه لو دفن فيه مال آخر سوى الكفن لا يقطع بسرقته.

وأما الخامس؛ فلأن المقصود من الحدود الزجر، والزجر فيما يكثر لا فيما يقل وجوده، وهذه جناية يقل وجودها، فلا حاجة إلى شرع الزاجر.

وما رواه أي الشافعي غير مرفوع بل هو من كلام زياد ألا ترى أنه قال في آخره: «**مَن قَتلَ عبدَهُ قَتلناهُ ومَن جَدَعَ أَنْفَهُ جَدَعْنَاهُ**»[1]، ولَئِنْ صحَّ فهو محمول على أنه كان ذلك بطريق السياسة فيمن اعتاد ذلك، وللإمام ذلك إذا اعتاد سياسة، ويدل عليه أول الحديث حيث قال: «**مَن حَرَقَ حَرَقناهُ ومن غَرَّقَ غَرّقناهُ**».

والمراد منه السياسة؛ لأنه ما أضافه إلى نفسه بل أضافه إلى الولي، ودليل آخر عليه أنه عليه السلام علق القطع بمجرد النبش، والقطع حدًّا لا يستحق بمجرد النبش بدون أخذ المال كذا في الطريقة العلانية والإسرار.

وتسميته بيتًا في حديث عبادة بطريق المجاز تشبيهًا بالمبنيّ على وجه الأرض.

ألا ترى أنه تعالى سمَّى المسجد بيتًا مع أنه لو سرق منه لم يقطع إذا لم يكن له حافظ، ولهذا لو دفن فيه مال آخر سوى الكفن لم يقطع كما بينا؛ فعلم أنه سماه بيتًا مجازًا، ولا نقول إنه مضيع؛ لأنه صرفه إلى حاجة الميت، وصرف الشيء إلى الحاجة لا يكون تضييعًا ولا إحرازًا كأكل الطعام، وأما حديث عائشة فالمراد في الإثم لا في الحد.

---

(١) أخرجه أبو داود (٤/ ١٧٦ رقم ٤٥١٥)، والترمذي (٢/ ٧٨ رقم ١٤١٤)، وابن ماجه (٢/ ٨٨٨ رقم ٢٦٦٣) من حديث سمرة بن جندب رضي الله عنه.
قال الترمذي: حسن غريب.

غَيرُ مَرفُوع أَو هُوَ مَحمُولٌ عَلَى السِّيَاسَةِ، وَإِن كَانَ القَبرُ فِي بَيت مُقفَل فَهُوَ عَلَى الخِلَافِ فِي الصَّحِيحِ لِمَا قُلنَا. وَكَذَا: إِذَا سَرَقَ مِن تَابُوت فِي القَافِلَةِ وَفِيهِ المَيِّتُ لِمَا بَيَّنَّاهُ.

(وَلَا يُقطَعُ السَّارِقُ مِن بَيتِ المَالِ) لِأَنَّهُ مَالُ العَامَّةِ وَهُوَ مِنهُم .(وَلَا مِن مَال لِلسَّارِقِ فِيهِ شَرِكَةٌ) لِمَا قُلنَا.

قوله: (فِي بَيْتٍ مُقْفَلٍ) بسكون القاف يقال: أقفل الباب وقفل الأبواب مثل أغلق وغلّق ذكره في الصحاح[١].

قوله: (في الصحيح)؛ احتراز عما قال بعض المشايخ في أنه يقطع إذا نبش من بيت مقفل.

قال الإمام السرخسي في مبسوطه[٢]: والأصح عندي أنه لا يجب القطع سواء نبش الكفن أو أخذ مالًا آخر من ذلك البيت؛ لأن بوضع القبر فيه يختل الحرز؛ إذ لكل أحد تأويل في دخوله للزيارة، وصفة الكمال معتبرة في شرائط القطع.

قوله: (لما بيناه)، وهو اختلال صفة المالية والمملوكية في الكفن.

قوله: (وَلَا يُقْطَعُ السَّارِقُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ) وبه قال الشافعي وأحمد والنخعي والحكم.

وقال مالك وحماد وابن المنذر: يقطع لظاهر الكتاب؛ لأنه سرق مالًا محرَزًا ولا حق له فيها قبل الحاجة.

ولنا ما روى ابن ماجه عن ابن عباس: أن عبدًا من رقيق الخُمُس سرق من الخُمُس فرُفِعَ إلى النبي ﷺ فلم يقطعه وقال: «**مالُ اللهِ سرقَ بعضُه بَعضًا**»[٣]، وعن عمر رضي الله عنه مثله.

---

(١) الصحاح للجوهري (٥/ ١٨٠٣). (٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٩/ ١٦٠).

(٣) أخرجه ابن ماجه (٢/ ٨٦٤ رقم ٢٥٩٠) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.
قال البوصيري: هذا إسناد فيه حجاج بن تميم وهو ضعيف، والراوي عنه أضعف منه، رواه الحاكم في المستدرك من طريق رجل لم يسمَّ عن ميمون بن مهران، عن ابن عباس موقوفًا، ورواه البيهقي عن الحاكم به، ثم رواه البيهقي موصولًا من طريق ابن ماجه وقال: في الإسناد ضعف. مصباح الزجاجة (٩٢١).

(وَمَن لَهُ عَلَى آخَرَ دَرَاهِمُ فَسَرَقَ مِنهُ مِثلَهَا لَم يُقطَع) لِأَنَّهُ استِيفَاءٌ لِحَقِّهِ، وَالحَالُّ وَالمُؤَجَّلُ فِيهِ سَوَاءٌ استِحسَانًا، لِأَنَّ التَّأجِيلَ لِتَأخِيرِ المُطَالَبَةِ، وَكَذَا إذَا سَرَقَ زِيَادَة

وعن ابن مسعود فيمن سرق من بيت المال قال: أرسله فما من أحد إلا وله في هذا المال حق، وعن علي مثله؛ لما قلنا أن للسارق فيه حق.

صورته لو سرق أحد الشريكين من حرز الآخر مالًا مشتركًا بينهما لا يقطع عندنا وبه قال الشافعي في الأصح وأحمد.

وقال في قول: إذا سرق من نصيب الشريك قدر النصاب، يعني زيادة على حقه ففيه القطع، وبه قال مالك؛ لأنه أخذ مال الغير عن حرزه؛ فيدخل تحت عموم الآية.

وقلنا: ما أخذ من شيء إلا وله حق فيه؛ فينهض شبهة دافعة للحد.

قوله: (**وَالْحَالُّ وَالْمُؤَجَّلُ فِيهِ سَوَاءٌ**)؛ أي في عدم القطع، والقياس أن يقطع في المؤجل؛ لأنه لا يباح له أخذه قبل الأجل فصار كمن لا دين له، ولا يقطع استحسانًا؛ لأن كون المأخوذ من جنس حقه يبيح له الأخذ، ولئن لم تثبت ولاية الأخذ للأجل؛ لأنه (**لتأخير المطالبة**) تتحقق الشبهة باعتبار قيام سبب الحق، وهي كافية للدرء.

وقال الشافعي: لا قطع لمستحق الدين من مال المديون سواء كان من جنس حقه أو غير جنسه، أو كان المديون مماطلًا أو لا، وبإطلاقه أخذ بعض أصحابه؛ لأن له شبهة فيه.

وفي شرح الوجيز[1]: والأظهر أن يفصّل فإن كان المديون جاحدًا أو مماطلًا، وأخذ من جنس حقه أو غير جنسه، وبقدر حقه فلا قطع عليه وبه قال مالك وأحمد في رواية.

(وقال في وجه؛ إذا بلغت الزيادة على حقه نصابا يقطع وبه قال مالك وأحمد في رواية)[2]، وله في اختلاف جنسه وجهان في وجه يقطع وبه قال أحمد ومالك، والأظهر أنه لا يقطع.

---

(١) العزيز شرح الوجيز للرافعي (١١/ ١٩٠). (٢) ما بين القوسين كُرر في الأصل.

عَلَى حَقِّهِ، لِأَنَّهُ بِمِقدَارِ حَقِّهِ يَصِيرُ شَرِيكًا فِيهِ (وَإِن سَرَقَ مِنهُ عُرُوضًا قُطِعَ) لِأَنَّهُ لَيسَ لَهُ وِلَايَةُ الِاستِيفَاءِ مِنهُ إِلَّا بَيعًا بِالتَّرَاضِي. وَعَن أَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ لَا يُقطَعُ لِأَنَّ لَهُ أَن يَأخُذَهُ عِندَ بَعضِ العُلَمَاءِ قَضَاء مِن حَقِّهِ أَو رَهنا بِحَقِّهِ(*). قُلنَا: هَذَا قَولٌ لَا يَستَنِدُ إِلَى دَلِيل ظَاهِر، فَلَا يُعتَبَرُ بِدُونِ اتِّصَالِ الدَّعوَى بِهِ، حَتَّى لَو ادَّعَى ذَلِكَ دُرِئَ عَنهُ الحَدُّ، لِأَنَّهُ ظَنٌّ فِي مَوضِعِ الخِلَافِ، وَلَو كَانَ حَقُّهُ دَرَاهِمَ فَسَرَقَ مِنهُ دَنَانِيرَ قِيلَ: يُقطَعُ، لِأَنَّهُ لَيسَ لَهُ حَقُّ الأَخذِ، وَقِيلَ: لَا يُقطَعُ لِأَنَّ النُّقُودَ جِنسٌ وَاحِدٌ (وَمَن سَرَقَ عَينا فَقُطِعَ فِيهَا فَرَدَّهَا، ثُمَّ عَادَ فَسَرَقَهَا وَهِيَ بِحَالِهَا، لَم يُقطَع) وَالقِيَاسُ، أَن يُقطَعَ - وَهُوَ رِوَايَةٌ عَن أَبِي يُوسُفَ وَهُوَ قَولُ الشَّافِعِيِّ - لِقَولِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «فَإِن عَادَ فَاقطَعُوهُ» مِن غَيرِ فَصلٍ، وَلِأَنَّ الثَّانِيَةَ مُتَكَامِلَةٌ كَالأُولَى بَل أَقبَحُ لِتَقَدُّمِ الزَّاجِرِ،

وقلنا: لما ثبت له ولاية الأخذ في مال المديون من جنس حقه يبيح له الأخذ؛ فتصير شبهة دارئة للحد سواء كان [٥٩٤/ب] مماطلًا أو لا، وفي الزيادة يصير شريكًا في ذلك المال بمقدار حقه.

قوله: (**وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ: لَا يُقْطَعُ**) وبه قال الشافعي في وجه؛ لأن له أن يأخذه عند بعض العلماء وهو ابن أبي ليلى لوجود المجانسة باعتبار صفة المالية.

ومن العلماء من يقول: له أن يأخذه رهنًا بحقه فيحصل فعله في موضع الاجتهاد فلا ينفك عن شبهة، وإن كان مخطئًا في ذلك التأويل عندنا وصوابه مذكور في المتن، (**قيل**) وبه قال الشافعي في وجه، ومالك وأحمد في رواية.

(**وقيل: لا يقطع**) وفي المحيط والمبسوط: وهو الصحيح وبه قال الشافعي في الأظهر؛ (**لأن النقود**) في حكم (**جنس واحد**) كما في الزكاة والشفعة، ولهذا قال أبو حنيفة: للإمام أن يبادل أحد النقدين بالأخرى من غير رضاء المديون بحقه لقضاء حقه.

قوله: (**وهو**)؛ أي قول أبي يوسف قول الشافعي ومالك وأحمد. (**ولأن الثانية**)؛ أي السرقة الثانية أقبح وأفحش لأن الإقدام عليها مع سبق (**الزاجر**

(*) الراجح: قول أبي يوسف.

وَصَارَ كَمَا إِذَا بَاعَهُ المَالِكُ مِن السَّارِقِ ثُمَّ اشتَرَاهُ مِنهُ ثُمَّ كَانَت السَّرِقَةُ. وَلَنَا: أَنَّ القَطعَ أَوجَبَ سُقُوطَ عِصمَةِ المَحَلِّ عَلَى مَا يُعرَفُ مِن بَعدُ إِن شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، وَبِالرَّدِّ إِلَى المَالِكِ إِن عَادَت حَقِيقَةُ العِصمَةِ بَقِيَت شُبهَةُ السُّقُوطِ نَظَرًا إِلَى اتِّحَادِ المِلكِ وَالمَحَلِّ، وَقِيَامُ المُوجِبِ وَهُوَ القَطعُ فِيهِ، بِخِلَافِ مَا ذُكِرَ، لِأَنَّ المِلكَ قَد اختَلَفَ بِاختِلَافِ سَبَبِهِ، وَلِأَنَّ تَكرَارَ الجِنَايَةِ مِنهُ نَادِرٌ لِتَحَمُّلِهِ مَشَقَّةَ الزَّاجِرِ، فَتَعَرَّى الإِقَامَةُ عَن المَقصُودِ وَهُوَ تَقلِيلُ الجِنَايَةِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا قَذَفَ المَحدُودُ فِي قَذفِ المَقذُوفَ الأَوَّلَ. قَالَ: (فَإِن تَغَيَّرَت عَن حَالِهَا مِثلُ أَن يَكُونَ غَزلًا فَسَرَقَهُ وَقُطِعَ فَرَدَّهُ

أقبح) فكانت أحق بإيجاب القطع.

وقوله: (ما يعرف من بعدُ)، إشارة إلى قوله بعد في قوله: (ولا غرم على سارق بعدما قطعت يمينه...) إلى آخره.

وقوله: (نظرًا إلى اتحاد الملك) احتراز عما لو تبدل الملك في ذلك العين وهو **قوله: (كما إذا باعه المالك من السارق...)** إلى آخره.

قوله: (والمحل) احتراز عما لو تبدل المحل كما في صورة العزل كما يجيء **(وقيام الموجب)**؛ أي موجب سقوط العصمة، وبهذه القيود خرج الجواب عما أوردوا من تبدل الملك وتغير الحال، وما كان قبل القطع من المقيس عليه مع أن عند بعض مشايخ العراق لا يقطع في صورة تبدل الملك بالشراء فمنعها.

وعند مشايخنا؛ يقطع لتبدل العين حكمًا؛ لأن اختلاف الأسباب ينزل منزلة اختلاف الأعيان أصله قصة بريرة.

فإن قيل: في صورة تبدل العين بالسبب العين باقية بلا تغير، وفي صورة تبدلها بالصنعة تبدل اسمه وصورته.

قلنا: المتمكن قبل التبدل شبهة سقوط العصمة؛ فكان التمكن بعد التبدل شبهة الشبهة فلا يعتبر.

قوله: (كما إذا قذف المقذوف...) إلى آخره.

وفي البرغرية: هذا إذا قذفه بعين ذلك الزنا، أما لو نسبه إلى غير ذلك الزنا يحد ثانيًا، وقد مر في حد القذف.

فإن قيل: حد السرقة خالص حق الله تعالى كحد الزنا، وحد الزنا يتكرر بتكرر الفعل في محل واحد، حتى لو زنا بامرأة فحد ثم زنا ثانيًا بتلك المرأة

ثُمَّ نُسِجَ فَعَادَ فَسَرَقَهُ، قُطِعَ) لِأَنَّ العَينَ قَد تَبَدَّلَت، وَلِهَذَا يَملِكُهُ الغَاصِبُ بِهِ، وَهَذَا هُوَ عَلَامَةُ التَّبَدُّلِ فِي كُلِّ مَحَلٍّ، وَإِذَا تَبَدَّلَت انتَفَت الشُّبهَةُ النَّاشِئَةُ مِن اتِّحَادِ المَحَلِّ، وَالقَطعُ فِيهِ فَوَجَبَ القَطعُ ثَانِيًا، وَاَللَّهُ أَعلَمُ بِالصَّوَابِ.

فَصلٌ فِي الحِرزِ وَالأَخذِ مِنهُ

يحد؛ فينبغي أن يكون حد السرقة كذلك بخلاف حد القذف؛ فإن فيه حق العبد وقد حصل المقصود، وهو إظهار كذب القاذف، ودفع العار عن المقذوف بالمرة الأولى فلا يحتاج إليه ثانيًا.

قلنا: في حد الزنا يجب؛ باعتبار أن حرمة المحل لا تسقط في حقه باستيفاء الحد منه في المرة الأولى، بخلاف المالية والتقوم الذي هو حق الملك في العين فإنه سقط اعتباره باستيفاء القطع من السارق، ولأن هذا حق لا يستوفى إلا بخصومة المالك أو نائبه، ولا تتكرر الخصومة في محل واحد كحد القذف بخلاف حد الزنا؛ فإنه لا يعتبر فيه الخصومة كذا في المبسوط[1].

وقوله: (والقطع فيه) بالجر عطفًا على قوله: (من اتحاد)؛ أي انتفت الشبهة الناشئة من اتحاد المحل ومن وجود القطع (فيه)؛ أي في المحل.

فصل في الحرز والأخذ منه

لما احتاجت السرقة إلى وجود المالية وإلى الحرز عند العامة، شرع في بيانه بعد بيان مالية المسروق، وقدم بيان المالية؛ لأن ذلك شرط في نفس المسروق والحرز شرط خارج المسروق، ثم الإخراج من الحرز شرط القطع عند عامة أهل العلم.

وحكي عن عائشة والحسن والنخعي فيمن جمع المال، ولم يخرج به من الحرز عليه القطع، وعن الحسن مثل قول الجماعة.

وحكي عن داود أنه لا يعتبر الحرز لإطلاق الآية وهذه أقوال شاذة غير ثابتة عما نقلت إليه.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٩/ ١٦٦).

قَالَ: (وَمَن سَرَقَ مِن أَبَوَيهِ أَو وَلَدِهِ أَو ذِي رَحِم مَحرَم مِنهُ لَم يُقطَع) فَالأَوَّلُ: وَهُوَ الوِلَادُ لِلبُسُوطَةِ فِي المَالِ وَفِي الدُّخُولِ فِي الحِرزِ. ....

قال ابن المنذر(١): ليس فيه خبر ثابت، ولا مقال لأهل العلم إلا ما ذكرناه فهو كالإجماع.

وروى أبو داود وابن ماجه وغيرهما أنه: «**لَا قَطْعَ فِي أقلِّ مِن ثَمَنِ المِجَنِّ**»(٢)ولَا قَطعَ في حَرِيسَةِ جَبَلٍ»(٣)، وهذه الأخبار تخصص الآية، ثم الحرز ما عُدَّ حرزًا في العرف؛ لأن اعتباره ثبت شرعًا من غير [٥٩٥/ أ] تنصيص على بيانه علم أنه رد ذلك إلى أهل العرف لأنه لا طريق إلى معرفته إلا من جهته فرجع إليه والعرف يتفاوت كما يجيء في أثناء المسائل.

قوله: (ومن سرق من أبويه)، وإن علا لا يقطع وبه قال الشافعي والثوري وأحمد وإسحاق.

وقال مالك وأبو ثور وابن المنذر والخرقي من أصحاب أحمد: يقطع لظاهر النص ولأنه لا حق للولد في مال أبويه، ولهذا يحد بالزنا بجاريتهما ويقتل بقتلهما فصار كالأجنبي.

وقلنا: البعضية توجب (**للمبسوطة فِي الْمَالِ وَالْإِذْنَ فِي الدُّخُولِ فِي الْحِرْزِ**)، ولهذا يمنع الولاد قبول شهادة أحدهما لصاحبه فصار كالأب لا كالأجنبي، ولهذا يستحق النفقة في مال أبويه إذا كان فقيرًا.

ولو سرق الأب والجد وإن علا والأم والجدة وإن علت من مال الولد وإن سفل لا يقطع بالإجماع فكذا الولد.

وعند أبي ثور وابن المنذر يقطع في هذه الصور أيضًا لظاهر النص، وقلنا

(١) الإشراف على مذاهب الأشراف (٧/ ٢٠٢).
(٢) أخرجه البخاري (٨/ ١٦١ رقم ٦٧٩٤)، ومسلم (٣/ ١٣١٣ رقم ١٦٨٥) من حديث عائشة ﵂.
(٣) أخرجه النسائي (٨/ ٨٤ رقم ٤٩٥٧)، وابن ماجه (٢/ ٨٦٥ رقم ٢٥٩٦)، والحاكم (٤/ ٣٨١ رقم ٨١٥١) من حديث عبد الله بن عمرو ﵄.
قال الحاكم: هذه سنة تفرد بها عمرو بن شعيب بن محمد، عن جده عبد الله بن عمرو بن العاص، إذا كان الراوي عن عمرو بن شعيب ثقة فهو كأيوب، عن نافع، عن ابن عمر.

وَالثَّانِي: لِلمَعنَى الثَّانِي، وَلِهَذَا أَبَاحَ الشَّرعُ النَّظَرَ إِلَى مَوَاضِعِ الزِّينَةِ الظَّاهِرَةِ مِنهَا، بِخِلَافِ الصَّدِيقَينِ، لِأَنَّهُ عَادَاهُ بِالسَّرِقَةِ. وَفِي الثَّانِي: خِلَافُ الشَّافِعِيِّ رحمه الله، لِأَنَّهُ

النص مخصوص بالإجماع فتخص هذه الصور بالحديث وهو قوله: «**أنتَ ومالُكَ لِأبيكَ**»(١)، وبالمعنى الذي من المبسوط(٢) والإذن في الدخول.

قوله: (**وَالثَّانِي لِلْمَعْنَى الثَّانِي**)؛ أي عدم القطع في السرقة من ذي الرحم المُحَرّم للمعنى الثاني، وهو كونه مأمونًا في الدخول في حرزه بدون الإذن، أما عدم القطع في الأول؛ للمعنيين البسوطة والدخول في الإذن.

قوله: (**أي في ذي الرحم المُحرّم**) خلافًا للشافعي فإنه يقطع بسرقته ماله عنده وبقوله قال مالك وأحمد.

قوله: (**وقد بيناه في العتاق**) في أن بملك ذي الرحم يعتق عندنا، وعنده لا فإن الشافعي ألحق هذه القرابة بقرابة بني الأعمام؛ فلا يعتق ولا تجب نفقته.

وعندنا بالولاد في وجوب الصَّون عن القطيعة (والقطع في السرقة يفضي إلى القطيعة)(٣)؛ فوجب صونها بدرء الحد، ولأن الدخول على هؤلاء بلا إذن جائز عادة للزيارة وصلة الرحم.

ولهذا يثبت (**حل النظر**) إلى مواضع (**الزينة الظاهرة**) والباطنة بهذه القرابة، والمراد من الظاهرة الوجه والكف، ومن الباطنة العنق والرأس والعضد والظاهرة مشتركة بين الأجنبي والقريب؛ فلا بد من إلحاق الباطنة ليتم الكلام فصار لقرابة الولاد فاختل الحرز.

ويدل عليه قوله تعالى: ﴿لَّيْسَ عَلَى ٱلْأَعْمَىٰ حَرَجٌ﴾ إلى قوله تعالى: ﴿أَوْ بُيُوتِ خَـٰلَـٰتِكُمْ﴾ [النور:٦١]؛ فظاهره يقتضي الإباحة، وهو أنه ترك لقيام الدليل بنفي شبهة، ولا يلزم قوله تعالى في آخر الآية ﴿أَوْ صَدِيقِكُمْ﴾؛ لأنه إذا قصد السرقة فقد عاداه ولم يبق صديقًا له؛ فلعدم الصداقة عند السرقة انتفت الشبهة فأما الأخوّة وما يضاهيها؛ فتبقى مع السرقة كالأبوة فتبقى الشبهة.

---

(١) تقدم تخريجه قريبًا.
(٢) المبسوط (٩/ ١٨٨).
(٣) ما بين القوسين كُرر في الأصل.

أَلحَقَهَا بِالقَرَابَةِ البَعِيدَةِ، وَقَد بَيَّنَّاهُ فِي العَتَاقِ (وَلَو سَرَقَ مِن بَيتِ ذِي رَحِم مُحرَّمٍ مَتَاعَ غَيرِهِ، يَنبَغِي أَن لَا يُقطَعَ، وَلَو سَرَقَ مَالَهُ مِن بَيتِ غَيرِهِ يُقطَعُ) اعتِبَارا لِلحِرزِ وَعَدَمِهِ (وَإِن سَرَقَ مِن أُمِّهِ مِن الرَّضَاعَةِ قُطِعَ) وَعَن أَبِي يُوسُفَ -رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى-: أَنَّهُ لَا يُقطَعُ، لِأَنَّهُ يَدخُلُ عَلَيهَا مِن غَيرِ استِئذَان وَحِشمَة، بِخِلَافِ الأُختِ مِن الرَّضَاعِ لِانعِدَامِ هَذَا المَعنَى فِيهَا عَادَة. وَجهُ الظَّاهِرِ: أَنَّهُ لَا قَرَابَةَ، وَالمَحرَمِيَّةُ بِدُونِهَا لَا تُحتَرَمُ، كَمَا إِذَا ثَبَتَت بِالزِّنَا وَالتَّقبِيلِ عَن شَهوَة، وَأَقرَبُ مِن ذَلِكَ الأُختُ مِن الرَّضَاعَةِ، وَهَذَا لِأَنَّ الرَّضَاعَ قَلَّمَا يَشتَهِرُ فَلَا بُسُوطَةَ تَحَرُّزًا عَن مَوقِفِ التُّهمَةِ بِخِلَافِ النَّسَبِ.

(وَإِذَا سَرَقَ أَحَدُ الزَّوجَينِ مِن الآخَرِ، أَو العَبدُ مِن سَيِّدِهِ، أَو مِن امرَأَةِ سَيِّدِهِ، أَو مِن زَوجِ سَيِّدَتِهِ، لَم يُقطَع) لِوُجُودِ الإِذنِ بِالدُّخُولِ عَادَة، وَإِن سَرَقَ أَحَدُ الزَّوجَينِ مِن حِرز الآخَرِ خَاصَّة لَا يَسكُنَانِ فِيهِ، فَكَذَلِكَ عِندَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ ﷺ لِبُسُوطَةِ

قوله: (اعْتِبَارًا لِلْحِرْزِ وَعَدَمِهِ)؛ أي لعدم الحرز في المسألة الثانية، وهو ما إذا سرق مال غيره من بيته، ووجود الحرز في المسألة الأولى، وهو ما إذا سرق مال ذي الرحم من بيت غيره، وفي المسألتين يقطع عند الأئمة الثلاثة لما ذكرنا.

قوله: (وَإِنْ سَرَقَ مِنْ أُمِّهِ مِنَ الرَّضَاعِ قُطِعَ)، وبه قال أكثر أهل العلم، وعن أبي يوسف لا يقطع لدخوله عليها بلا استئذان عادة بخلاف أخته من الرضاع.

قوله: (وَالْمَحْرَمِيَّةُ بِدُونِهَا)؛ أي بدون القرابة.

قوله: (وأقرب من ذلك)؛ أي من المحرمية بالزنا، وتقبيل الأخت من الرضاع؛ لأن إلحاق الرضاع بالرضاع أولى من إلحاق الرضاع بالزنا.

وفي المبسوط[1]: قول أبي يوسف بعيد فإن الأمية من الرضاع لو كانت مؤثرة كما في النسب في إسقاط القطع؛ لكانت الأجنبية من الرضاع مؤثرة كما في النسب.

قوله: (خلافًا للشافعي) له فيه ثلاثة أقوال:

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٩/ ١٩٠).

بَينَهُمَا فِي الأَموَالِ عَادَة وَدَلَالَة وَهُوَ نَظِيرُ الخِلَافِ فِي الشَّهَادَةِ.

(وَلَو سَرَقَ المَولَى مِن مُكَاتَبِهِ لَم يُقطَع) لِأَنَّ لَهُ فِي أَكسَابِهِ حَقًّا (وَكَذَلِكَ

في قول يقطع وبه قال مالك وأحمد.

والثاني: لا يقطع وهو قولنا وأحمد في رواية.

والثالث: يقطع الزوج بسرقة مال زوجته، ولا تقطع المرأة بسرقة مال الزوج؛ لأن لها النفقة في ماله فكان لها حق في ماله، ولا حق له في مالها، والخلاف في القطع كالخلاف في قبول الشهادة.

فقلنا: بسوطة اليد لكل واحد منهما في مال الآخر، وثبوت الاتحاد بينهما نفسًا؛ لتحقيق الوصلة والسكن والازدواج، مانع من القطع والقبول كما في الولاد، وأحمد [٥٩٥/ب] يمنع قبول الشهادة كقولنا.

قوله: (ودلالة)، وهي أنها لما بذلت نفسها، وهي أنفس من الأموال فلأن تبذل المال أولى، ولأن بينهما شيئًا يوجب التوارث من غير حجب كالوالدين والولد.

قوله: (**مِنْ مُكَاتَبِهِ لَمْ يُقْطَعْ**) هذا بلا خلاف.

أما لو سرق العبد من سيده أو من سيدته أو من زوجة سيده أو من زوج سيدته، لا قطع عليه عند أكثر أهل العلم.

وقال أبو ثور ومالك وابن المنذر: يقطع لسرقة مال ما عدا سيده لعدم استحقاقه النفقة في ماله بخلاف السيد، وقال داود: بمال السيد أيضًا لعموم الآية.

ولنا ما روى السائب بن(١) يزيد قال: شهدت عمر وقد جاء عبد الله بن عمرو بن الحضرمي بغلام له فقال: إن غلامي هذا سرق فاقطعه فقال عمر رضي الله عنه: ما سرق؟ قال: مرآة امرأتي قيمتها ستون درهمًا، قال عمر: أرسله لا قطع عليه خادمكم، وعن ابن مسعود مثله.

وهذه قضايا مشهورة، ولم يخالفها أحد من الصحابة؛ فيكون إجماعًا فيخص عموم الآية به، ولا اعتبار بخلاف الإجماع.

---

(١) في الأصل (أن)، والمثبت من النسخة الثانية.

السَّارِقُ مِن المَغنَمِ) لِأَنَّ لَهُ فِيهِ نَصِيبًا، وَهُوَ مَأثُورٌ عَن عَلِيٍّ ﷺ دَرءًا وَتَعلِيلًا.

قَالَ: (وَالحِرزُ عَلَى نَوعَينِ: حِرزٌ لِمَعنى فِيهِ كَالبُيُوتِ وَالدُّورِ. وَحِرزٌ بِالحَافِظِ) قَالَ العَبدُ الضَّعِيفُ: الحِرزُ لَا بُدَّ مِنهُ، لِأَنَّ الِاستِسرَارَ لَا يَتَحَقَّقُ دُونَهُ، ثُمَّ هُوَ قَد يَكُونُ بِالمَكَانِ وَهُوَ المَكَانُ المُعَدُّ لِإِحرَازِ الأَمتِعَةِ كَالدُّورِ وَالبُيُوتِ وَالصُّندُوقِ وَالحَانُوتِ، وَقَد يَكُونُ بِالحَافِظِ كَمَن جَلَسَ فِي الطَّرِيقِ أَو فِي المَسجِدِ وَعِندَهُ مَتَاعُهُ فَهُوَ مُحَرَّزٌ بِهِ، وَقَد «قَطَعَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مَن سَرَقَ رِدَاءَ صَفوَانَ مِن تَحتِ رَأسِهِ وَهُوَ نَائِمٌ فِي المَسجِدِ» (وَفِي المُحَرَّزِ بِالمَكَانِ لَا يُعتَبَرُ الإِحرَازُ بِالحَافِظِ، هُوَ الصَّحِيحُ)

قوله: (من المغنم)؛ أي مجمع الغنيمة؛ أي لا قطع عليه وبه قال الشافعي وأحمد.

وقال مالك وابن المنذر: يقطع كما في بيت المال لظاهر النص، وقد مر التفصيل على مذهب مالك وجواب دليله أيضًا في مسألة بيت المال.

قوله: (دَرْءًا وَتَعْلِيلًا) فقد روي عن علي أنه أتي برجل سرق من المغنم فقال: لا قطع عليه؛ لأن له نصيبًا فيه أو حقًّا ومثله عن عمر وابن مسعود.

قوله: (وَالْحِرْزُ عَلَى نَوْعَيْنِ: أحدهما ...) إلى آخره.

الحرز لغة: المكان الحصين، والمراد هاهنا ما يكون حصنًا للمال ومانعًا وصول يد الغير إليه؛ ففي هذا لا يتفاوت بين أن يكون ذلك الشيء بناءً أو حافظًا، غير أن الحرز إذا كان بالبناء لا يقطع إلا بالإخراج منه بالإجماع، وإذا كان بالحافظ يقطع بمجرد الأخذ.

قوله: (كالدور...) إلى قوله: (والحانوت) وكذا الخيام والخركاة، وكل موضع أُعِدّ لحفظ الأموال عادة.

قوله: (لَا يُعْتَبَرُ الْإِحْرَازُ بِالْحَافِظِ).

وفي المحيط: الحرز بالحافظ بدل عن الحفظ بالبناء، وما يقوم مقامه؛ لأن الحرز في الحقيقة: ما يمنع وصول اليد إلى المال، ويصير المال مختفيًا به؛ فللاختفاء أثر في منع وصول اليد إليه وذلك بالبناء أو بالحافظ، إن صار المال ممنوعًا من أخذ الغير، لكن لا يصير مختفيًا به فكان ناقصًا في معنى الحرز به؛

لِأَنَّهُ مُحَرَّزٌ بِدُونِهِ وَهُوَ البَيتُ وَإِن لَم يَكُن لَهُ بَابٌ أَو كَانَ وَهُوَ مَفتُوحٌ حَتَّى يُقطَعَ السَّارِقُ مِنهُ، لِأَنَّ البِنَاءَ لِقَصدِ الإِحرَازِ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَجِبُ القَطعُ إِلَّا بِالإِخرَاجِ مِنهُ لِقِيَامِ يَدِهِ فِيهِ قَبلَهُ. بِخِلَافِ المُحَرَّزِ بِالحَافِظِ حَيثُ يَجِبُ القَطعُ فِيهِ، كَمَا أُخِذَ لِزَوَالِ يَدِ المَالِكِ بِمُجَرَّدِ الأَخذِ فَتَتِمُّ السَّرِقَةُ، وَلَا فَرقَ بَينَ أَن يَكُونَ الحَافِظُ مُستَيقِظًا أَو نَائِمًا وَالمَتَاعُ تَحتَهُ أَو عِندَهُ، هُوَ الصَّحِيحُ، لِأَنَّهُ يُعَدُّ النَّائِمُ عِندَ مَتَاعِهِ حَافِظا لَهُ فِي العَادَةِ.

فكان كالبدل عنه فلا يكون له غيره مع وجود البناء، والحمام حرز، ولهذا لو سرق منه في وقت لا يؤذن بالدخول يقطع، وهكذا قال شمس الأئمة وقاضي خان.

وقوله: (**وهو الصحيح**) احتراز عما ذكر في العيون على قول أبي حنيفة: يقطع السارق من الحمام في وقت الإذن؛ إذا كان ثمة حافظ.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يقطع وبه أخذ أبو الليث والصدر الشهيد.

وفي الكافي[1]: وعليه الفتوى، وهو ظاهر المذهب، وفي المسجد يعتبر الحافظ؛ لأن المسجد ما بني لحفظ الأموال، ولهذا لا يقطع في حصيره وقناديله.

وقال الشافعي ومالك وأحمد في رواية وأبو ثور وابن المنذر: يقطع بالسرقة من الحمام إذا كان فيه حافظ، وقال أحمد في رواية: لا يقطع مع وجود الحافظ أيضًا كقولنا.

قوله: (**وهو محرز بدونه**)؛ أي بدون الحافظ وهو البيت؛ لما ذكر أنه لو سرق من الحمام في وقت لا يؤذن يقطع، وإن لم يكن له أي للبيت باب أو كان وهو مفتوح لما أن بناءه لقصد الإحراز؛ فلا يبطل معنى الحرز بفتح الباب.

قوله: (**لقيام يده**)؛ أي يد المالك قبله أي قبل الإخراج، وقوله: (**هو الصحيح**) احتراز عن قول بعض مشايخنا حيث قالوا: إنما يكون المال محرزًا بنومه في الصحراء؛ إذا جعل **تحت** رأسه أو **تحت** جنبه، أما إذا كان موضوعًا بين يديه لا يكون محرزًا في حال نومه، وبه قال الشافعي.

---

(١) البناية شرح الهداية للعيني (٧/ ٣٩).

وَعَلَى هَذَا لَا يَضمَنُ المُودَعُ وَالمُستَعِيرُ بِمِثلِهِ، لِأَنَّهُ لَيسَ بِتَضيِيعٍ، بِخِلَافِ مَا اختَارَهُ فِي الفَتَاوَى.

قَالَ: (وَمَن سَرَقَ شَيئًا مِن حِرزٍ أَو مِن غَيرِ حِرزٍ وَصَاحِبُهُ عِندَهُ يَحفَظُهُ قُطِعَ) لِأَنَّهُ سَرَقَ مَالًا مُحْرَزًا بِأَحَدِ الحِرزَينِ (وَلَا قَطعَ عَلَى مَن سَرَقَ مَالًا مِن حَمَّامٍ، أَو مِن بَيتٍ أُذِنَ لِلنَّاسِ فِي دُخُولِهِ) لِوُجُودِ الإِذنِ عَادَةً أَو حَقِيقَةً فِي الدُّخُولِ، فَاختَلَّ الحِرزُ، وَيَدخُلُ فِي ذَلِكَ حَوَانِيتُ التُّجَّارِ وَالخَانَاتُ، إِلَّا إِذَا سَرَقَ مِنهَا لَيلًا لِأَنَّهَا بُنِيَت لِإِحرَازِ الأَموَالِ، وَإِنَّمَا الإِذنُ يَختَصُّ بِالنَّهَارِ (وَمَن سَرَقَ مِن المَسجِدِ مَتَاعًا وَصَاحِبُهُ عِندَهُ قُطِعَ) لِأَنَّهُ مُحَرَّزٌ بِالحَافِظِ، لِأَنَّ المَسجِدَ مَا بُنِيَ لِإِحرَازِ الأَموَالِ فَلَم يَكُن المَالُ مُحْرَزًا بِالمَكَانِ، بِخِلَافِ الحَمَّامِ وَالبَيتِ الَّذِي أُذِنَ لِلنَّاسِ فِي دُخُولِهِ

واستدلوا بما قال محمد في الأصل: المسافر ينزل في الصحراء، ويجمع متاعه ويبيت عليه فسرق منه، قطع. فقد أشار إنما صار صاحب المتاع محرزًا له إذا بات عليه.

وقال السرخسي[(١)]: الصحيح أنه يقطع بكل حال؛ لأن المعتبر الإحراز، وقد حصل فإن الناس يعدون النائم عند متاعه حافظًا، وإن كان بين يديه، وبه قالت الأئمة الثلاثة.

ألا ترى أن المودع والمستعير لا يضمنان بمثل هذا، وهما يضمنان [٥٩٦/أ] بالتضييع، وما لا يكون محرزا يكون تضييعا، ويدل عليه ما ذكره في المختصر: ومن سرق من حرز وغير حرز، وصاحبه عنده يقطع.

وفي فتاوى الظهيرية[(٢)]: إنما لا يجب الضمان على المودع فيما إذا وضع الوديعة بين يديه فيما إذا نام قاعدا، أما إذا نام مضطجعا فعليه الضمان، وهذا إذا كان في الحضر أما في السفر لا ضمان عليه، نام قاعدا أو مضطجعا.

قوله: (**وَلَا قَطْعَ عَلَى مَنْ سَرَقَ مَالًا مِنْ حَمَّامٍ**)؛ أي في الوقت الذي أذن للناس بالدخول فيه كما ذكرنا.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٩/ ١٥٥).

(٢) ينظر: البناية شرح الهداية للعيني (٧/ ٤٠).

حَيثُ لَا يُقطَعُ، لِأَنَّهُ بُنِيَ لِلإِحرَازِ فَكَانَ المَكَانُ حِرزا فَلَا يُعتَبَرُ الإِحرَازُ بِالحَافِظِ(*).

(وَلَا قَطعَ عَلَى الضَّيفِ إِذَا سَرَقَ مِمَّن أَضَافَهُ) لِأَنَّ البَيتَ لَم يَبقَ حِرزًا فِي حَقِّهِ لِكَونِهِ مَأذُونًا فِي دُخُولِهِ، وَلِأَنَّهُ بِمَنزِلَةِ أَهلِ الدَّارِ فَيَكُونُ فِعلُهُ خِيَانَة لَا سَرِقَة.

(وَمَن سَرَقَ سَرِقَة فَلَم يُخرِجهَا مِن الدَّارِ لَم يُقطَع) لِأَنَّ الدَّارَ كُلَّهَا حِرزٌ وَاحِدٌ فَلَا بُدَّ مِن الإِخرَاجِ مِنهَا، وَلِأَنَّ الدَّارَ وَمَا فِيهَا فِي يَدِ صَاحِبِهَا مَعنى، فَتَتَمَكَّنُ شُبهَةُ عَدَمِ الأَخذِ (فَإِن كَانَت دَارٌ فِيهَا مَقَاصِيرُ، فَأَخرَجَهَا مِن المَقصُورَةِ إِلَى صَحنِ الدَّارِ قُطِعَ) لِأَنَّ كُلَّ مَقصُورَة بِاعتِبَارِ سَاكِنِهَا حِرزٌ عَلَى حِدَة (وَإِن أَغَارَ إِنسَانٌ مِن أَهلِ

قوله: (ولأنه)؛ أي الضيف **(بمنزله أهل الدار)**؛ أي في الإذن بالدخول فيها وبه قال أحمد.

وعند الشافعي ومالك وأحمد في رواية: إن سرق من الموضع الذي أنزل فيه أو موضع؛ لم يُحرز عنه لا يقطع، وإن كان من موضع محرز عنه قطع.

قوله: (سرق سرقة)؛ أي مالا.

وفي المغرب(١): سمى الشيء المسروق سرقة مجازًا، ومنها قول محمد: إذا كانت السرقة مصحفًا.

قوله: (فلا بد من الإخراج منها)؛ أي من الدار، وهذا بإجماع الأئمة الثلاثة.

قوله: (فيها مقاصير)؛ أي حجرات وبيوت، والمقصورة؛ الحجرة بلسان أهل الكوفة قالوا: إذا كانت الدار كبيرة وفيها حجرات ومنازل، وفي كل مقصورة سكان، ويستغني أهل المنازل عن الانتفاع بصحن الدار، وإنما ينتفعون بالصحن انتفاع السكة نحو دار عتاب ودار بكار، أما إذا كانت الدار صغيرة بحيث لا يستغني أهل المنازل من الانتفاع بصحنها؛ بل ينتفعون بها انتفاع المنازل فهي بمنزلة دار واحدة فلا يقطع كذا في جامع قاضي خان وفخر الإسلام وبه قالت الأئمة الثلاثة.

قوله: (وإن أغار)؛ أي أخذ بسرعة على غرة يقال: أغار الفرس والثعلب في العدْو إذا أسرع كذا في المغرب(٢).

(*) **الراجح: قول الصاحبين، فقد قالا: لا يقطع.**

(١) المغرب للمطرزي (ص: ٢٢٤).

(٢) المغرب للمطرزي (ص: ٣٤٧).

المَقَاصِيرِ عَلَى مَقصُورَة فَسَرَقَ مِنهَا قُطِعَ) لِمَا بَيَّنَّا.

(وَإِذَا نَقَبَ اللِّصُّ البَيتَ فَدَخَلَ وَأَخَذَ المَالَ وَنَاوَلَهُ آخَرَ خَارِجَ البَيتِ، فَلَا قَطعَ عَلَيهِمَا) لِأَنَّ الأَوَّلَ لَم يُوجَد مِنهُ الإِخرَاجُ لِاعتِرَاضِ يَد مُعتَبَرَة عَلَى المَالِ قَبلَ خُرُوجِهِ. وَالثَّانِي: لَم يُوجَد مِنهُ هَتكُ الحِرزِ، فَلَم تَتِمَّ السَّرِقَةُ مِن كُلِّ وَاحِد، وَعَن أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: إن أَخرَجَ الدَّاخِلُ يَدَهُ وَنَاوَلَهَا الخَارِجَ فَالقَطعُ عَلَى الدَّاخِلِ، وَإِن أَدخَلَ الخَارِجُ يَدَهُ فَتَنَاوَلَهَا مِن يَدِ الدَّاخِلِ فَعَلَيهِمَا القَطعُ(*). وَهِيَ بِنَاء عَلَى مَسأَلَة تَأتِي بَعدَ هَذَا إن شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

(وَإِن أَلقَاهُ فِي الطَّرِيقِ وَخَرَجَ فَأَخَذَهُ قُطِعَ) وَقَالَ زُفَرُ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يُقطَعُ، لِأَنَّ الإِلقَاءَ غَيرُ مُوجِب لِلقَطعِ، كَمَا لَو خَرَجَ وَلَم يَأخُذ، وَكَذَا الأَخذُ مِن السِّكَّةِ كَمَا لَو

وقوله: (فسرق منها) تفسير **قوله: (أغار).**

قوله: (لا قطع عليهما)؛ أي على الداخل والخارج الآخذ.

وقال مالك: إذا كانا متعاونين قطعا، وإن انفرد كل واحد بفعله دون اتفاق بينهما لم يقطعا.

وقال الشافعي: تفرد الخارج بالأخذ يقطع وبه قال أحمد. **(وهي)**؛ أي هذه المسألة بناء على مسألة تأتي بعد هذا، وهي نقب البيت وإلقاؤه في الطريق، ولو وضع الداخل المال عند النقب ثم خرج وأخذه لم يذكره محمد، والصحيح أنه لا يقطع، وعند الأئمة الثلاثة يقطع.

ولو كان في الدار نهر جارٍ فرمى بالمتاع في النهر، ثم خرج وأخذه إن خرج بقوة الماء لا يقطع؛ لأنه لم يخرجه ذكره التمرتاشي.

وعند الأئمة الثلاثة: قطع؛ لأنه هو المخرج حقيقة إما بنفسه وإما بآلته.

وفي المبسوط[1] للسَّرَخْسِي: وهو الأصح؛ لأن جري الماء كان سبب إلقائه، ولو كان الماء راكدًا وخرج بتحريكه، أو جاريًا ضعيفًا وجرى بتحريكه يقطع بالإجماع.

قوله: (وكذا أخذه من السكة)؛ أي أخذ السارق المال من السكة، حيث لا يقطع عند زفر كما أخذه غيره من السكة.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة ومحمد.

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٩/ ١٤٨).

أَخَذَهُ غَيرُهُ. وَلَنَا: أَنَّ الرَّميَ حِيلَةٌ يَعتَادُهَا السُّرَّاقُ لِتَعَذُّرِ الخُرُوجِ مَعَ المَتَاعِ، أَو لِيَتَفَرَّغَ لِقِتَالِ صَاحِبِ الدَّارِ أَو لِلفِرَارِ، وَلَم تَعتَرِض عَلَيهِ يَدٌ مُعتَبَرَةٌ، فَاعتُبِرَ الكُلُّ فِعلًا وَاحِدًا، فَإِذَا خَرَجَ وَلَم يَأخُذهُ فَهُوَ مُضَيِّعٌ لَا سَارِقٌ. قَالَ: (وَكَذَلِكَ إن حَمَلَهُ عَلَى حِمَار فَسَاقَهُ وَأَخرَجَهُ) لِأَنَّ سَيرَهُ مُضَافٌ إِلَيهِ لِسَوقِهِ.

(وَإِذَا دَخَلَ الحِرزَ جَمَاعَةٌ فَتَوَلَّى بَعضُهُم الأَخذَ قُطِعُوا جَمِيعًا) قَالَ العَبدُ

وقلنا: الرمي حيلة معتادة بين السراق؛ ليمكنه بذلك استدفاع رب الدار والفرار منه فإذا تبعه وأخذه ولم تعترض عليه يد أخرى، علمنا أن الرمي كان لإتمام الأخذ وبقولنا قالت الأئمة الثلاثة.

وقوله: **(ولم تعترض عليه يد معتبرة)** جواب عن قوله: **(كما إذا أخذه غيره)** فإن هناك اعترض عليه يد معتبرة فأوجب سقوط اليد الحكمية للسارق.

وحاصله أن يد السارق تثبت عليه بالأخذ، ثم بالرمي إلى الطريق لم تزل يده حكمًا لعدم اعتراض يد أخرى على يده.

ألا ترى أن من سقط منه مال، وأخذه إنسان ليرده على صاحبه، ثم رده إلى موضعه لم يضمن؛ لأنه في ذلك في يد صاحبه حكمًا؛ فرده إليه بمنزلة رده على صاحبه بخلاف ما لو أخذه غيره فإن يده حيث اعترض عليه يد معتبرة فأوجب سقوط اليد الحكمية.

قوله: (وَكَذَلِكَ إنْ حَمَلَهُ عَلَى حِمَارٍ فَسَاقَهُ وَأَخْرَجَهُ) يُقطَع، وبه قالت الأئمة الثلاثة.

وفي مبسوط أبي اليسر: وكذا لو علقه على عنق كلب فزجره يقطع، ولو خرج من غير زجر؛ لأن للبهيمة اختيارًا لنفسها.

وبه قال الشافعي في وجه واحد وقال: لو وضع المتاع على ظهر الدابة فخرجت به يقطع كما في الماء، وبه قال الشافعي في وجه.

وقلنا: جري الماء طبيعي، وسير الدابة اختياري؛ لما ذكرنا أن لها اختيارا.

قوله: (وَإِذَا دَخَلَ الْحِرْزَ جَمَاعَةٌ...) إلى **قوله: (قُطِعوا)** وإنما وضع [٥٩٦/ب] المسألة في دخول جميعهم؛ لأنهم إذا دخل الحرز واحد، ولكن اشتركوا

الضَّعِيفُ: هَذَا استِحسَانٌ، وَالقِيَاسُ: أَن يُقطَعَ الحَامِلُ وَحدَهُ وَهُوَ قَولُ زُفَرَ ؒ؛ لِأَنَّ الإِخرَاجَ وُجِدَ مِنهُ فَتَمَّت السَّرِقَةُ بِهِ. وَلَنَا: أَنَّ الإِخرَاجَ مِن الكُلِّ مَعنى لِلمُعَاوَنَةِ كَمَا فِي السَّرِقَةِ الكُبرَى، وَهَذَا لِأَنَّ المُعتَادَ فِيمَا بَينَهُم أَن يَحمِلَ البَعضُ المَتَاعَ

في فعل السرقة فالقطع على الداخل المخرج إن عرف بعينه؛ وإن لم يعرف فعليهم التعزير ولا يقطع واحد منهم غير الداخل، وإن كان غيره فعاونوه كما في مسألة الكتاب غير الحامل يعاون الحامل كذا في المبسوط(١).

قوله: (وهو)؛ أي القياس (قول زفر) وبه قالت الأئمة الثلاثة؛ لأن فعل السرقة لا يتم إلا بالأخذ والإخراج، وفعل الغير لا يكون أخذًا ولا إخراجا لا حقيقة وهي ظاهر، ولا حكما؛ فإنهم لو نازعوا الآخذ الذي هو الحامل في ذلك المال المحمول، كان القول للحامل لا قولهم؛ فلما لم يوجد منهم الأخذ والإخراج حقيقة وحكما كيف يقطعون.

وقلنا: القياس هكذا ولكنا استحسنّا؛ لأنهم لما اشتركوا في هتك الحرز صار المال مخرجا بمعاونتهم، وهذه زيادة حيلة معروفة بين السراق، وهو أن يباشر حمل المتاع واحد منهم، والباقي يعاونه من ورائه مستعدين لدفع صاحب البيت عنه وعن أنفسهم؛ فلا يجوز أن يكون ذلك مسقطا للحد عنهم، بخلاف ما لو دخل واحد وأخرج بمعاونتهم والباقي لم يدخل؛ حيث يقطع الداخل خاصة؛ لأنهم لما لم يدخلوا لم تتأكد معاونتهم بهتك الحرز بالدخول فلم يعتبر اشتراكهم؛ لما أن كمال هتك الحرز بالدخول كذا في المبسوط(٢).

قالوا: هذا إذا كان الآخذ الحامل من أهل القطع عند الانفراد، أما إذا كان صبيًّا أو مجنونًا لا قطع عليهم بالإجماع؛ لأن فعل غير الحامل تبع لفعل الحامل فلما لم يجب على الحامل وهو الأصل لم يجب على التبع، ولو كان الحامل بالغًا ولكن فيهم صبي أو مجنون لم يجب القطع عليهم أيضًا عند أبي حنيفة ومحمد؛ لتمكن الشبهة في فعل واحد منهم فلا يجب على الباقين.

وعند أبي حنيفة: يجب القطع على الحامل وغير الصبي والمجنون كذا في

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٩/ ١٤٩).

(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٩/ ١٤٩).

وَيَتَشَمَّرَ البَاقُونَ لِلدَّفعِ، فَلَو امتَنَعَ القَطعُ لَأَدَّى إِلَى سَدِّ بَابِ الحَدِّ. (وَمَن نَقَبَ البَيتَ وَأَدخَلَ يَدَهُ فِيهِ وَأَخَذَ شَيئًا لَم يُقطَع) وَعَن أَبِي يُوسُفَ «فِي الإِملَاءِ»: أَنَّهُ يُقطَعُ، لِأَنَّهُ أَخرَجَ المَالَ مِن الحِرزِ وَهُوَ المَقصُودُ فَلَا يُشتَرَطُ الدُّخُولُ فِيهِ، كَمَا إِذَا أَدخَلَ يَدَهُ فِي صُندُوقِ الصَّيرَفِيِّ فَأَخرَجَ الغِطرِيفِيَّ. وَلَنَا: أَنَّ هَتكَ الحِرزِ يُشتَرَطُ فِيهِ الكَمَالُ تَحَرُّزًا عَن شُبهَةِ العَدَمِ وَالكَمَالِ فِي الدُّخُولِ، وَقَد أَمكَنَ اعتِبَارُهُ وَالدُّخُولُ هُوَ المُعتَادُ. بِخِلَافِ الصُّندُوقِ لِأَنَّ المُمكِنَ فِيهِ إِدخَالُ اليَدِ دُونَ الدُّخُولِ، وَبِخِلَافِ مَا

الذخيرة(١)، والمحيط.

وقالت الأئمة الثلاثة وزفر: على الحامل خاصة كما ذكرنا.

وفي جامع البزدوي: والشبهة المتمكنة في الفعل المعهود عفو؛ لأنها إن اعتبرت صارت ناسخة للحد والشبهة للدرء لا للنسخ وهذا معنى **قوله: (فلو امتنع القطع)**؛ أي في هذه الصورة باعتبار الشبهة؛ **(أدى إلى سد باب الحد)**، وفيه نوع تأمل.

قوله: (وعن أبي يوسف أنه يقطع) وبه قالت الأئمة الثلاثة.

(الغِطْرِيفِي): درهم منسوب إلى غطريف بن عطاء الكندي أمير خراسان أيام الرشيد، والدراهم الغِطْرِيفِي كانت أعَزُّ الدراهم ببخارى كذا في المغرب(٢).

وجه قول أبي يوسف؛ أن السرقة قد تحقق بالأخذ خفية، وهذا؛ لأن المقصود أخذ المال لا الدخول في الحرز؛ بل هو وسيلة إليه فمهما تحقق بدونها كان أقوى.

ولنا: ما روي عن علي ﷺ: اللص إذا كان ظريفا لا يقطع وفسره بهذا، ولأن السرقة هتك الستر على الكمال وإخراج المال؛ إذ هتك الحرز شرط الحد فيراعى وجوده بأكمل الجهات؛ لأن الناقص سببه العدم، والكمال في هتك حرز البيوت أن يدخلها بخلاف إخراج الشيء من الصندوق أو الجيب أو الكم؛ **(لأن الممكن فيه إدخال اليد دون الدخول)** فيتم هتك الحرز بإدخال اليد والإخراج منه.

---

(١) ينظر: البناية شرح الهداية للعيني (٧/ ٤٥). (٢) المغرب للمطرزي (ص: ٣٤١).

تَقَدَّمَ مِن حَملِ البَعضِ المَتَاعَ، لِأَنَّ ذَلِكَ هُوَ المُعتَادُ .(وَإِن طَرَّ صُرَّة خَارِجَة مِن الكُمِّ لَم يُقطَع، وَإِن أَدخَلَ يَدَهُ فِي الكُمِّ يُقطَعُ) لِأَنَّ فِي الوَجهِ الأَوَّلِ: الرِّبَاطَ مِن خَارِج، فَبِالطَّرِّ يَتَحَقَّقُ الأَخذُ مِن الظَّاهِرِ، فَلَا يُوجَدُ هَتكُ الحِرزِ. وَفِي الثَّانِي: الرِّبَاطُ مِن دَاخِل، فَبِالطَّرِّ يَتَحَقَّقُ الأَخذُ مِن الحِرزِ وَهُوَ الكُمُّ، وَلَو كَانَ مَكَانَ الطَّرِّ حَلُّ الرِّبَاطِ، ثُمَّ الأَخذُ فِي الوَجهَينِ يَنعَكِسُ الجَوَابُ لِانعِكَاسِ العِلَّةِ. وَعَن أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: أَنَّهُ يُقطَعُ عَلَى كُلِّ حَال(*)، لِأَنَّهُ مُحَرَّزٌ إِمَّا بِالكُمِّ أَو بِصَاحِبِهِ. قُلنَا: الحِرزُ هُوَ الكُمُّ، لِأَنَّهُ يَعتَمِدُهُ، وَإِنَّمَا قَصدُهُ قَطعُ المَسَافَةِ أَو الِاستِرَاحَةِ فَأَشبَهَ الجُوَالِقَ.

وأما قوله: (إن الأخذ هو المقصود).

فقلنا: كما أن الأخذ مقصود فدخول الحرز أيضًا مقصود. ألا ترى أن من الجهال من يقصد ذلك إظهارا للجلادة من نفسه، واستخفافا لصاحب الحرز، وإن لم يكن له قصد إلى أخذ ماله كذا في المبسوط(١).

قوله: (ومن طَرَّ صُرَّةً)، الطَّرُّ؛ الشَّقُّ وَمِنْهُ الطَّرَّارُ، وَالصُّرَّةُ الْهِمْيَانُ، وَالْمُرَادُ مِنَ الصُّرَّةِ هُنَا نَفْسُ الْكُمِّ الْمَشْدُودِ فِيهِ الدَّرَاهِمُ.

وقوله: (خارجة من الكم لم يقطع) دليل إنما ذكر في الأصول، أن الطرَّار يُقطع ليس على إطلاقه أو هو محمول على قول أبي يوسف فإنه يقطع الطرار في الصور كلها، وبه قالت الأئمة الثلاثة.

قوله: (ينعكس الجواب) [يعني](٢) فيما إذا كان (الرباط خارج) الكم يقطع؛ لأنه يأخذ الدراهم من داخل الكم لوقوعها في الكم، ولو كان (الرباط داخل) الكم لا يقطع؛ لأنه لما (حل الرباط) من داخل الكم فكان أخذها من خارج الكم فلا يقطع؛ لأنه لم يهتك الحرز ولم يأخذ منه شيئا وهذا معنى قوله: (لانعكاس العلة).

قوله: (أي المال محرزًا، إما بالكم)؛ أي في صورة طرها داخل الكم؛ بل

(*) الراجح: قول أبي حنيفة ومحمد.

(١) المبسوط (٩/ ١٤٧).

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(وَإِن سَرَقَ مِن القِطَارِ بَعِيرًا أَو حِملًا لَم يُقطَع) لِأَنَّهُ لَيسَ بِمُحَرَّز مَقصُودًا فَتَتَمَكَّنُ شُبهَةُ العَدَمِ، وَهَذَا لِأَنَّ السَّائِقَ وَالقَائِدَ وَالرَّاكِبَ يَقصِدُونَ قَطعَ المَسَافَةِ وَنَقلَ

المال محرز بصاحبه، والكم تبع.

قلنا: (**الحرز هو الكم لأنه**)؛ أي صاحب المال [٥٩٧/أ] يعتمد الكم أو الجيب لا قيام نفسه فصار كالصندوق والجوالق، وذلك لأنه لا يخلو؛ إما أن يكون صاحب المال في حالة المشي أو في غير حالة المشي فإن كان الأول؛ فمقصوده قطع المسافة لا حفظ المال، وإن كان الثاني فمقصوده الاستراحة لا حفظ المال، والمقصود هو المعتبر في هذا الباب.

ألا ترى أن من شق الجوالق الذي على إبل تسير فأخذ المال منه يُقطَع؛ لأن صاحب المال اعتمد الجوالق فكان السارق منه هاتكا للستر والحرز فيقطع، ولو أخذ الجوالق بما فيه لا يقطع.

وكذا لو سرق الغنم من المرعى ومعها الراعي لا يُقطَع؛ لأن الراعي لا يقصد بالرعي الحفظ، وإنما يقصد به الرعي، والحفظ تبع فلم يصلح بخلاف ما لو كانت الغنم في حظيرة بُنِيَ لها، وعليها باب مغلق فأخرجها منه قُطِع؛ لأنها بنيت لأجل حفظ الغنم كذا في المحيط[١] وجامع البزدوي.

وعند الأئمة الثلاثة: إذا كان الراعي بحيث يراها تكون محرزة فيقطع، وما غاب عن نظره وإن كان نائما أو مشغولا فليست بمحرزة، وعندهم لو أخذ الجوالق بما فيه من الجمال المقنطرة يقطع.

قوله: (**وإن سرق من القطار...**) إلى آخره، قطرغ الماء تقطيراً صبَّته، والقطار للإبل يقطر على نسق واحد، والجمع قطر، ومنه تقاطر القوم؛ إذا جاؤوا أرسالا؛ أي قطيعا قطيعا كذا في الصحاح[٢] والمغرب[٣].

وعند الأئمة الثلاثة: لو سرق واحدًا من الجمال أو واحدًا من الأحمال أو شقَّ وأخذ شيئا يقطع في الكل؛ لأن الكل محرز بالحافظ وهو القائد أو السائق، أو الراكب إذا لم يكن نائمًا فإن كان نائمًا عليه لم يقطع.

---

(١) انظر: البناية شرح الهداية للعيني (٧/ ٤٧). (٢) الصحاح للجوهري (٢/ ٧٩٦).
(٣) المغرب للمطرزي (ص ٣٨٧).

الأَمتِعَةِ دُونَ الحِفظِ. حَتَّى لَو كَانَ مَعَ الأَحمَالِ مَن يَتبَعُهَا لِلحِفظِ قَالُوا: يُقطَعُ (وَإِن شَقَّ الحِملَ وَأَخَذَ مِنهُ قُطِعَ) لِأَنَّ الجُوَالِقَ فِي مِثلِ هَذَا حِرزٌ، لِأَنَّهُ يَقصِدُ بِوَضعِ الأَمتِعَةِ فِيهِ صِيَانَتَهَا كَالكُمِّ فَوُجِدَ الأَخذُ مِن الحِرزِ فَيُقطَعُ (وَإِن سَرَقَ جُوَالِقًا فِيهِ مَتَاعٌ وَصَاحِبُهُ يَحفَظُهُ أَو نَائِمٌ عَلَيهِ قُطِعَ) وَمَعنَاهُ: إن كَانَ الجُوَالِقُ فِي مَوضِع هُوَ لَيسَ بِحِرز كَالطَّرِيقِ وَنَحوِهِ، حَتَّى يَكُونَ مُحَرَّزًا بِصَاحِبِهِ لِكَونِهِ مُتَرَصِّدًا لِحِفظِهِ، وَهَذَا لِأَنَّ المُعتَبَرَ هُوَ الحِفظُ المُعتَادُ وَالجُلُوسُ عِندَهُ وَالنَّومُ عَلَيهِ يُعَدُّ حِفظا عَادَة وَكَذَا النَّومُ بِقُرب مِنهُ عَلَى مَا اختَرنَاهُ مِن قَبلُ.

وَذُكِرَ فِي بَعضِ النُّسَخِ، وَصَاحِبُهُ نَائِمٌ عَلَيهِ أَو حَيثُ يَكُونُ حَافِظًا لَهُ، وَهَذَا يُؤَكِّدُ مَا قَدَّمنَاهُ مِن القَولِ المُختَارِ، وَاَللَّهُ أَعلَمُ بِالصَّوَابِ.

فَصلٌ فِي كَيفِيَّةِ القَطعِ وَإِثبَاتِهِ

قَالَ: (وَيُقطَعُ يَمِينُ السَّارِقِ مِن الزَّندِ وَيُحسَمُ) فَالقَطعُ لِمَا تَلَونَاهُ مِن قَبلُ،

قوله: (وهذا يؤكد ما قدمناه من القول المختار) وهو قوله: **(ولا فرق بين أن يكون الحافظ مستيقظا أو نائما... إلى قوله وهو الصحيح)**، والقائد حافظ للجمل الذي زمامه في يده فقط عندنا وعندهم إذا كان بحيث يراها إذا إليها[1] حافظ لِلْكلِّ؛ فيكون الكل محرزهُ عندهم بقوده.

فصل في كيفية القطع وإثباته

لما ذكر ثبوت القطع لا بد من بيان كيفيته فشرع فيه.

قوله: (يُقْطَعُ يَمِينُ السَّارِقِ مِنَ الزَّنْدِ)، وقالت الخوارج: من المنكب لظاهر النص إذ اليد من المنكب.

وقال بعض الناس: تقطع الأصابع فقط؛ لأنها آلة البطش ومحل الجناية.

وقلنا: هذا مخالف للنص، والمنصوص قطع اليد لا الأصابع، واليد قد تكون من المنكب، وقد تكون من المرفق، وقد تكون من الرسغ باستعمال العرب واللغة والشرع، ولكن زال هذا الإبهام ببيان رسول الله ﷺ وعمله وعمل

---

(١) كذا في الأصل، وفي النسخة الثانية: (إذ النقب إليها).

وَاليَمِينُ بِقِرَاءَةِ عَبدِ اللَّهِ بنِ مَسعُود ﷺ وَمِن الزَّندِ، لِأَنَّ الِاسمَ يَتَنَاوَلُ اليَدَ إِلَى الإِبِطِ، وَهَذَا المَفصِلُ: أَعنِي الرُّسغَ مُتَيَقَّنٌ بِهِ، كَيفَ وَقَد صَحَّ أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَمَرَ بِقَطعِ يَدِ السَّارِقِ مِن الزَّندِ، وَالحَسمُ لِقَولِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «فَاقطَعُوهُ وَاحسِمُوهُ» وَلِأَنَّهُ لَو لَم يُحسَم يُفضِي إِلَى التَّلَفِ وَالحَدُّ زَاجِرٌ لَا مُتلِفٌ (فَإِن سَرَقَ ثَانِيًا ....

الصحابة، وإجماعهم؛ لأن هذا القدر هو المتيقن به، والمراد باليد اليمنى بقراءة ابن مسعود: ﴿فاقطعوا أيمانهما﴾ وهي مشهورة فيقيد النص به.

ولا يقال: على هذه القراءة ينبغي أن يقطع الرِّجلَ اليمنى؛ لأنه ذكرت بلفظ الجمع؛ لأن الأصل أن يذكر أن ما يوجد من خلق الإنسان بتثنيته بعبارة الجمع كما قال تعالى: ﴿صَغَتْ قُلُوبُكُمَا﴾ [التحريم:٤] ويقال: ضربت ظهورهما.

وقد روى عن أُبَيّ وعمر ﷺ قالا: اقطعوا يمينه من الكوع ولا مخالف لهما من الصحابة؛ فصار كالإجماع.

قوله: الحسم: الكي ليقطع الدم ويقال: حسم العرق إذا كواه بحديدة محماة. وفي الطلبة[١] والمغرب[٢] والمغني[٣] لابن قدامة الحنبلي: وهو أن يغمس في الدهن الذي أغلي.

وقال عليه السلام: «**اقْطَعوهُ ثمّ احْسِموهُ**»[٤] فكان الزيت على بيت المال؛ لأنه عليه السلام أمر القاطع بالحسم، وذلك يقتضي أن يكون من بيت المال.

وبه قال الشافعي في وجه، وعندنا على السارق وبه قال الشافعي في وجه، ويستحب للمقطوع حسم نفسه؛ فإن لم يفعل لم يأثم عند أحمد والشافعي.

ويسنّ تعليق يده في عنقه؛ لأنه عليه السلام أمر به، رواه أبو داود، وابن ماجه[٥]، وفعل ذلك علي ﷺ أيضًا، وعندنا الرأي إلى الإمام، وبه قال الشافعي.

---

(١) طلبة الطلبة (ص: ٧٨). (٢) المغرب للمطرزي (ص ١١٦).
(٣) المغني لابن قدامة (٩/ ١٢١). (٤) تقدم تخريجه قريبًا.
(٥) أخرجه أبو داود (٤/ ١٤٣ رقم ٤٤١١)، والترمذي (٣/ ١٠٣ رقم ١٤٤٧)، والنسائي (٨/ ٩٢ رقم ٤٩٨٢)، وابن ماجه (٢/ ٨٦٣ رقم ٢٥٨٧) من حديث فضالة بن عبيد ﷺ.
قال الترمذي: حسن غريب، وقال النسائي: الحجاج بن أرطاة ضعيف، ولا يحتج بحديثه،=

قُطِعَت رِجلُهُ اليُسرَى، فَإِن سَرَقَ ثَالِثًا لَم يُقطَع وَخُلِّدَ فِي السِّجنِ حَتَّى يَتُوبَ) وَهَذَا استِحسَانٌ وَيُعَزَّرُ أَيضًا، ذَكَرَهُ المَشَايِخُ - رَحِمَهُمُ اللَّهُ -. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رحمه الله: فِي الثَّالِثَةِ تُقطَعُ يَدُهُ اليُسرَى، وَفِي الرَّابِعَةِ تُقطَعُ رِجلُهُ اليُمنَى لِقَولِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَن سَرَقَ فَاقطَعُوهُ، فَإِن عَادَ فَاقطَعُوهُ، فَإِن عَادَ فَاقطَعُوهُ» وَيُروَى مُفَسَّرًا

قوله: (**قُطِعَتْ رِجْلُهُ الْيُسْرَى**)، لما روي أنه عليه السلام قال: «**إذا سَرقَ السّارقُ فاقْطَعوا يدَهُ ثمّ إن سَرقَ فاقْطَعوا رِجْلَهُ**»، ولأن في المحاربة الموجبة قطع عضوين يده ورجله، ولا تقطع يداه فهذه جناية موجبة قطع عضوين فكانا رِجلًا ويدًا كالمحاربة، ولأن في قطع يده تفويت منفعة الجنس فيصير كالهالك؛ فكان [٥٩٧/ب] قطع الرجل أولى.

وإذا ثبت هذا تقطع رجله اليسرى من الكعب عند أكثر أهل العلم وفعل عمر رضي الله عنه ذلك.

وقال أبو ثور والرافضة: يقطع من نصف القدم من معقد الشراك؛ لأن عليًّا رضي الله عنه كان يفعل ذلك، ويترك له عَقِبًا يمشي عليها.

قوله: (**وَيُرْوَى مُفَسَّرًا كَمَا هُوَ مَذْهَبُهُ**)؛ أي مذهب الشافعي وبقوله قال مالك روى أبو هريرة أنه عليه السلام قال في المرة الأولى: «**قطع اليمنى**»، وفي الثانية: «**الرجل اليسرى**»، وفي الثالثة: «**اليد اليسرى**» وفي الرابعة: «**الرجل اليمنى**»[1] وهكذا روى جابر، وروي هكذا فعل أبي بكر وعمر رضي الله عنهما.

= وقال ابن العربي: يرويه الحجاج بن أرطاة وكأنه من باب التعريف به والإشادة بذكره ليرتدع به، ولو ثبت لكان حسنًا صحيحًا، ولكنه لم يثبت. عارضة الأحوذي (٦/ ٢٢٧)، وقال ابن حجر: حسنه الترمذي، وقال: غريب لا نعرفه إلا من حديث عمر بن علي المقدمي، عن حجاج بن أرطاة، قلت: وهما مدلسان، وقال النسائي: الحجاج ضعيف، ولا يحتج بخبره، قال هذا بعد أن أخرجه من طريقه، قوله: "وذكر الإمام أن من الأصحاب من لم ير التعليق، ولم يصحح الخبر فيه"، قلت: هو كما قال لا يبلغ درجة الصحيح ولا يقاربها. التلخيص الحبير (٤/ ١٩٣).

(١) أخرجه الدارقطني (٤/ ٢٣٩ رقم ٣٣٩٢) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، وفي سنده الواقدي ضعيف جدا في الحديث وإمام في المغازي والسير.

كَمَا هُوَ مَذهَبُهُ، وَلِأَنَّ الثَّالِثَةَ مِثْلُ الأُولَى فِي كَونِهَا جِنَايَة بَل فَوقَهَا فَتَكُونُ أَدعَى إِلَى شَرعِ الحَدِّ. وَلَنَا: قَولُ عَلِيٍّ ﷺ فِيهِ: إِنِّي لَأَستَحِي مِن اللَّهِ تَعَالَى أَن لَا أَدَعَ لَهُ يَدًا يَأْكُلُ بِهَا وَيَستَنجِي بِهَا وَرِجلًا يَمشِي عَلَيهَا، وَبِهَذَا حَاجَّ بَقِيَّةَ الصَّحَابَةِ ﷺ فَحَجَّهُم فَانعَقَدَ إِجمَاعًا، ....

وفي الخامسة عندهما: يحبس ويعزر، وحكي عن عطاء وعمر بن عبد العزيز وعمرو بن العاص وعثمان أنه يقطع في المرة الثالثة يده اليسرى، وفي الرابعة الرجل اليمنى ويقتل في الخامسة لأن جابرًا قال: أتي النبي ﷺ بسارق فقال: «**اقتلوه**» فقالوا يا رسول الله: إنما سرق فقال: «**اقطعوهُ**» قال: فقطع ثم جيء به الثانية فقال: «**اقتلوهُ**» فقالوا: يا رسول الله إنما سرق قال: «**اقطعوهُ**» ثم جيء به الثالثة قال: «**اقتلوهُ**» فقالوا: يا رسول الله إنما سرق قال: «**اقطعوهُ**» فقطع ثم جيء به الرابعة قال: «**اقتلوهُ**» قيل: إنما سرق قال: «**اقطعوهُ**» فقطع، ثم جيء به الخامسة قال: «**اقتلوه**» فانطلقنا به فقتلناه وألقيناه في بئر رواه أبو داود(١).

قوله: (**وَلَنَا قَوْلُ عَلِيٍّ** ﷺ) روى أبو سعيد قال حدثنا أبو معشر عن سعيد بن أبي سعيد المقبري عن أبيه قال: حضرت علي بن أبي طالب ﷺ أتي برجل مقطوع اليد والرجل قد سرق فقال لأصحابه: ما ترون في هذا؟ قالوا: القطع يا أمير المؤمنين. قال قتلته إذن وما عليه القتل، بأي شيء يأكل الطعام؟ بأي شيء يغتسل من جنابته؟ فرده إلى السجن أياما، ثم أخرجه فاستشار فقالوا مثل قولهم الأول فقال لهم مثل ما قال أولا فجلده جلدا شديدا ثم أرسله.

وفي رواية عنه أنه قال: إني لأستحي من الله ألا ندع له يدا يبطش بها، ولا رجلا يمشي عليها.

(**فحجهم**)؛ أي غلبهم. (**فانعقد إجماعا**)؛ لأنه لم يحتج عليه بالنص في الباب؛ فبان أنه لا نص فيه؛ إذ لو ثبت لبلغهم؛ لأنه مبني على الشهرة ولو بلغهم لاحتجوا به.

---

(١) أخرجه أبو داود (٤/ ١٤٢ رقم ٤٤١٠) والنسائي (٨/ ٩٠ رقم ٤٩٧٨) وقال: وهذا حديث منكر ومصعب بن ثابت ليس بالقوي في الحديث. وضعفه ابن الملقن في البدر المنير (٨/ ٦٧٢) وابن حجر في التلخيص الحبير (٤/ ١٩٠).

وَلِأَنَّهُ إهلَاكٌ مَعنى لِمَا فِيهِ مِن تَفوِيتِ جِنسِ المَنفَعَةِ وَالحَدُّ زَاجِرٌ، وَلِأَنَّهُ نَادِرُ الوُجُودِ وَالزَّجرُ فِيمَا يَغلِبُ وُقُوعُهُ بِخِلَافِ القِصَاصِ، لِأَنَّهُ حَقُّ العَبدِ فَيُستَوفَى مَا أَمكَنَ جَبرًا لِحَقِّهِ. وَالحَدِيثُ طَعَنَ فِيهِ الطَّحَاوِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَو نَحمِلُهُ عَلَى السِّيَاسَةِ ....

فإن قيل: أليس أن اليد اليسرى محل بظاهر الكتاب ولا إجماع على خلاف الكتاب؟.

قلنا: لما قيد المطلق بالقراءة المشهورة خرجت اليسرى عن كونها مرادة كمن قال لآخر: أعتق عبدا من عبيدي، ثم قال: عنيت سالمًا فيخرج غيره، ولأن الأمر بالفعل لا يقتضي التكرار، ولأن السارق اسم فاعل يدل على المصدر لغة، وهو اسم جنس فيتناول الأدنى؛ إذ كل السرقات لم ترد إجماعا وبفعل واحد لم تقطع إلا يد واحدة، وقد تعينت اليمنى إجماعا فخرجت اليسرى عن الإرادة، ولأنها لو كانت منصوصة لقطعت في المرة الثانية؛ إذ لا يصح العدول إلى غير المنصوص، مع وجوده.

قوله: (**إِهْلَاكٌ مَعْنًى**). وفي المبسوط[1]: بقاء الشخص ببقاء منافعه، ولهذا يتعلق بقطع اليدين من العبد كل قيمة النفس، ولا يجوز إعتاق مقطوع اليدين في الكفارة فعرفنا أنه استهلاك حكمًا، وفيه شبهة الإتلاف والشبهة كالحقيقة فيما يندرئ بالشبهات بخلاف القصاص؛ لأن المستحق هناك المساواة دون التحرز عن الإتلاف.

قوله: (**طعن فيه الطحاوي**) فقال: تتبعنا هذه فلم نجد لشيء منها أصلا إشارة إلى ما رواه الشافعي ولئن ثبت فنحمله على السياسة.

ألا ترى أنه عليه السلام قال في المرة الخامسة: «**فإنْ عَادَ فاقْتلوهُ**»، وعلى هذا يحمل ما رواه جابر.

وفي المبسوط[2] والمحيط: الحديث في الباب غير صحيح؛ إذ لو صح لاحتج به بعضهم على بعض، ولم يحتجوا في مشاورة علي كما بينا، ولئن ثبت يحمل على الانتساخ؛ لأنه كان في الابتداء تغليظ في الحدود.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٩/ ١٦٨). (٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٩/ ١٦٧).

(وَإِذَا كَانَ السَّارِقُ أَشَلَّ اليَدِ اليُسرَى أَو أَقطَعَ أَو مَقطُوعَ الرِّجلِ اليُمنَى لَم يُقطَع) لِأَنَّ فِيهِ تَفوِيتَ جِنسِ المَنفَعَةِ بَطشًا أَو مَشيًا، وَكَذَا إِذَا كَانَت رِجلُهُ اليُمنَى شَلَّاءَ لِمَا قُلنَا (وَكَذَا إِذَا كَانَت إِبهَامُهُ اليُسرَى مَقطُوعَةً، أَو شَلَّاءَ، أَو الأُصبُعَانِ مِنهَا سِوَى الإِبهَامِ) لِأَنَّ قِوَامَ البَطشِ بِالإِبهَامِ (فَإِن كَانَت أُصبُعٌ وَاحِدَةٌ سِوَى الإِبهَامِ مَقطُوعَةً أَو شَلَّاءَ، قُطِعَ) لِأَنَّ فَوَاتَ الوَاحِدَةِ لَا يُوجِبُ خَلَلًا ظَاهِرًا فِي البَطشِ، بِخِلَافِ فَوَاتِ الأُصبُعَينِ، لِأَنَّهُمَا يَتَنَزَّلَانِ مَنزِلَةَ الإِبهَامِ فِي نُقصَانِ البَطشِ.

قَالَ: (وَإِذَا قَالَ الحَاكِمُ لِلحَدَّادِ: اقطَع يَمِينَ هَذَا فِي سَرِقَة سَرَقَهَا، فَقَطَعَ

ألا ترى أنه قطع الأيدي والأرجل من العرنيين ثم سمل أعينهم ثم انتسخ ذلك باستقرار الحد، وأما فعل أبي بكر رضي الله عنه وعمر عارضه قول علي وإجماع الصحابة بعده.

وعن عمر رضي الله عنه؛ أنه رجع إلى قول علي؛ لما روى أن عمر أتي برجل مقطوع اليد والرجل قد سرق فأمر عمر أن تقطع رجله فقال علي قال تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَسۡعَوۡنَ﴾ [المائدة:٣٣] إلى آخر الآية، وقد قطعت يد [٥٩٨/أ] هذا ورجله؛ فلا ينبغي أن تقطع رجله فتدعه ليس له قائمة يمشي عليها، إما أن تعزره وتستودعه في السجن فاستودعه السجن.

قوله: (وإن كَانَ السَّارِقُ أَشَلَّ الْيَدِ الْيُسْرَى...) إلى آخر المسألة وبقولنا قال أحمد في رواية، وعند الشافعي ومالك وأحمد في رواية: تقطع يمينه ولا يمنع ذلك النقصان من قطع يمينه؛ لأنه سارق له بمعنى فتقطع عملا بالكتاب والسنة، ولأنه سارق له يدان فتقطع يمناه كما لو كانت المقطوعة رجله اليسرى.

وقلنا: إذا فات جنس منفعة المشي فصار كالهالك، وإذا كانت يده اليسرى مقطوعة لا تقطع اليمنى؛ لأن الحد زاجر لا متلف كما ذكر في المتن.

قوله: (إذا قال الحاكم للحداد)؛ أي [الذي] [١] يقيم الحد فعَّال منه كالجلاد يقيم الحد كذا في المغرب[٢]، وقيد بقوله: (يمين هذا)؛ لأنه لو قال: اقطع يد هذا فقطع الحداد يساره لا يضمن بالاتفاق.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية. (٢) المغرب للمطرزي (ص: ١٠٦).

يَسَارَهُ عَمدًا أَو خَطَأً، فَلَا شَيءَ عَلَيهِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالَا: لَا شَيءَ عَلَيهِ فِي الخَطَأِ، وَيَضمَنُ فِي العَمدِ(*) وَقَالَ زُفَرُ رَحِمَهُ اللهُ: يَضمَنُ فِي الخَطَأِ أَيضًا وَهُوَ القِيَاسُ، وَالمُرَادُ بِالخَطَأِ هُوَ الخَطَأُ فِي الِاجتِهَادِ، وَأَمَّا الخَطَأُ فِي مَعرِفَةِ اليَمِينِ وَاليَسَارِ لَا يُجعَلُ عَفوًا.

وَقِيلَ: يُجعَلُ عُذرًا أَيضًا. لَهُ: أَنَّهُ قَطَعَ يَدًا مَعصُومَةً وَالخَطَأُ فِي حَقِّ العِبَادِ غَيرُ مَوضُوعٍ فَيَضمَنَا. قُلنَا: إِنَّهُ أَخطَأَ فِي اجتِهَادِهِ، إِذ لَيسَ فِي النَّصِّ تَعيِينُ اليَمِينِ، وَالخَطَأُ فِي الِاجتِهَادِ مَوضُوعٌ. وَلَهُمَا: أَنَّهُ قَطَعَ طَرَفًا مَعصُومًا بِغَيرِ حَقٍّ وَلَا تَأوِيلٍ،

قوله: (**فلا شيء عليه**)؛ أي على الحدّاد عند أبي حنيفة، وبه قال أحمد سواء قطعه عمدًا أو خطأً، ولكن يؤدب الحدّاد.

وعند أبي يوسف ومحمد: يضمن في العمد أرش اليسار.

وعند زفر: يضمن الأرش في الخطأ أيضًا.

وعند الشافعي: لو قطع الحدّاد عمدًا وجب القصاص عليه وبه قال مالك؛ لأنه قطع بغير حق فوجب عليه القود.

ولو قال: أخطأت وظننت أنها اليمنى أو أن اليسار فعليه الدية؛ لأن الخطأ غير موضوع في حق العباد فيضمنها، ولو بادر وقطع اليمنى أو رِجلاً بغير إذن الإمام فلا شيء عليه بالإجماع؛ لأنه سقطت قيمة يده بقضاء الإمام عليه بالقطع، والقاطع يقطع يدًا لا قيمة لها فلا شيء عليه، ولكن يؤدبه الإمام على ذلك؛ لأنه أساء الأدب حيث قطع بغير إذن الإمام كذا في المبسوط[1].

قوله: (**والمراد**) هنا (**الخطأ في الاجتهاد**)؛ أي من الخطأ الذي لا شيء عليه في الخطإ في الاجتهاد، أما إذا كان (**الخطأ في معرفة اليمين واليسار**)؛ فلا يكون ذلك عذرا ويجب الضمان.

قوله: (**والخطأ في الاجتهاد موضوع**)؛ أي معفو شرعا، قال تعالى: ﴿مَا قَطَعْتُم مِّن لِّينَةٍ أَوْ تَرَكْتُمُوهَا قَآئِمَةً﴾ الآية [الحشر: ٥].

قوله: (**بغير حق**)؛ لأن الحق في اليمنى، وهو أيضًا لم يقطع يسار أحد

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٩/ ١٧٥).

لِأَنَّهُ تَعَمَّدَ الظُّلمَ فَلَا يُعفَى وَإِن كَانَ فِي المُجتَهَدَاتِ، وَكَانَ يَنبَغِي أَن يَجِبَ القِصَاصُ، إِلَّا أَنَّهُ امتَنَعَ لِلشُّبهَةِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ: أَنَّهُ أَتلَفَ وَأَخلَفَ مِن ....

ليكون حق قطع اليسار قصاصا ولا تأويل لم يجمعا؛ لأن الكلام فيما إذا تعمد قطع اليسار فلا يعفى كما لو قطع رجله أو أنفه، وإن كان في المجتهدات يعني من حيث ظاهر النص لم يعتمد الظلم من حيث الإجماع، والمخطئ في المجتهد لا يعذر إذا أخطأ فيما كان الدليل ظاهرا كالحكم بحل متروك التسمية عامدا؛ فينبغي أن يجب القصاص إلا أنه امتنع للشبهة، وهي ظاهر قوله تعالى: ﴿فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة:٣٨]، والقصاص لا يثبت بالشبهة بخلاف ضمان المال.

قوله: (**أَخْلَفَ**...) إلى آخره يعني لما قطعت يساره سلم له يمينه؛ لأنه لا يقطع بعد، وبه قال أحمد والشافعي في الأصح.

وقال مالك والشافعي في قول: يقطع؛ لأنه وجب قطعها فلا تسقط بالجناية على غيرها.

فإن قيل: اليمنى لم تحصل له بسبب القطع بل كان حاصلا له قبله والإتلاف بخلف إنما لا يوجب الضمان إذا حصل الخلف بسبب حصل له الإتلاف كما في مسألة الشهادة ونقصان الولادة، أما إذا حصل الخلف بسبب آخر يضمن.

قلنا: اليمنى من حيث الاعتبار حصل له بقطع اليسرى [لأنها صارت][1] على شرف الزوال فهي كالفانية من حيث الاعتبار، ولا يلزم ما إذا جدع أنفه؛ لأنه ما أخلف عما أتلف إذ يمناه ثَم تقطع.

فإن قيل: لو قطع رجله اليمنى يضمن وقد أتلف وأخلف عوضاً وهو اليمنى إذ لا يقطع حينئذ.

قلنا: لا رواية فيه فيمنع، ولئن سلمنا فالتالف ليس من جنس الباقي.

قوله: (**وعلى هذا**) أي على تعليل أبي حنيفة، وهو أنه (**أتلف وأخلف من**

---

(١) في الأصل: (لانهارت) والمثبت من النسخة الثانية.

جِنسِهِ مَا هُوَ خَيرٌ مِنهُ فَلَا يُعَدُّ إتلَافًا، كَمَن شَهِدَ عَلَى غَيرِهِ بِبَيعِ مَالِهِ بِمِثلِ قِيمَتِهِ ثُمَّ رَجَعَ، وَعَلَى هَذَا لَو قَطَعَهُ غَيرُ الحَدَّادِ لَا يَضمَنُ أَيضا هُوَ الصَّحِيحُ.

وَلَو أَخرَجَ السَّارِقُ يَسَارَهُ وَقَالَ: هَذِهِ يَمِينِي لَا يَضمَنُ بِالِاتِّفَاقِ، لِأَنَّ قَطعَهُ بِأَمرِهِ. ثُمَّ فِي العَمدِ عِندَهُ عَلَيهِ ضَمَانُ المَالِ، لِأَنَّهُ لَم يَقَع حَدًّا. وَفِي الخَطَأِ كَذَلِكَ عَلَى هَذِهِ الطَّرِيقَةِ، وَعَلَى طَرِيقَةِ الِاجتِهَادِ لَا يَضمَنُ (وَلَا يُقطَعُ السَّارِقُ إلَّا أَن يَحضُرَ المَسرُوقُ مِنهُ فَيُطَالِبُ بِالسَّرِقَةِ) لِأَنَّ الخُصُومَةَ شَرطٌ لِظُهُورِهَا، وَلَا فَرقَ بَينَ

جنسه خيرا منه) **(لو قطعه)**؛ أي يسار السارق غير الحدّاد لا يضمن أيضًا؛ لأنه **(أتلف وأخلف خيرا منه)**؛ لأن يمناه لا تقطع بعد ذلك سواء قطع يساره الحدّاد أو غيره بعد القضاء، ذكره فخر الإسلام في جامعه.

قوله: (وهو الصحيح)؛ احتراز عما ذكره في شرح الطحاوي قال: تعليل أبي حنيفة ثم قال: وهذا كله إذا قطع الحدّاد بأمر السلطان، ولو قطع يساره غيره ففي العمد القصاص وفي الخطأ [٥٩٨/ب] الدية، وبه قالت الأئمة الثلاثة، وسقط القطع عنه في اليمين؛ لأنه لو قطع يؤدي إلى الاستهلاك، وقد بينا الخلاف في سقوط القطع عنه.

قوله: (لأنه)؛ أي الحدّاد قطع يساره **(بأمره)**؛ أي بأمر السارق فلا يضمن كما لو قطع يد غيره بأمره من غير أن تكون يده مستحقة للقطع بالسرقة؛ فهذا أولى.

(ثم في العمد عنده)؛ أي عند أبي حنيفة **(عليه)**؛ أي على السارق **(ضمان المال)** المسروق **(لأنه)**؛ أي قطع يساره لم يقطع حدًّا.

قوله: (وفي الخطأ كذلك على هذه الطريقة)، وهو **(أنه أتلف وأخلف)** خيرا إلى آخره؛ لأنه لم يقع موقع الحد، والقطع حدًّا مع الضمان لا يجتمعان عندنا، وإنما خص أبا حنيفة، ثم في العمد عنده عليه ضمان المال مع أن عندهما أيضًا كذلك؛ لأنه لم يقع حدا عندهما أيضًا؛ لما أن شبهة عدم وجوب الضمان على السارق، إنما ترد على مذهبه؛ لأنه يقول بعدم وجوب الحد؛ فيظن ظانّ أن القطع وجب حدًّا استدلالًا بعدم وجوب الضمان.

قوله: (لأن الخصومة شرط لظهورها)؛ أي ظهور السرقة وبه قال الشافعي وأحمد.

الشَّهَادَةِ وَالإِقرَارِ عِندَنَا، خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ فِي الإِقرَارِ، لِأَنَّ الجِنَايَةَ عَلَى مَالِ الغَيرِ لَا تَظهَرُ إِلَّا بِخُصُومَتِهِ، (وَكَذَا إِذَا غَابَ عِندَ القَطعِ عِندَنَا)، لِأَنَّ الِاستِيفَاءَ مِن القَضَاءِ فِي بَابِ الحُدُودِ (وَلِلمُستَودَعِ وَالغَاصِبِ وَصَاحِبِ الرِّبَا أَن يَقطَعُوا السَّارِقَ مِنهُم) وَلِرَبِّ الوَدِيعَةِ أَن يَقطَعَهُ أَيضًا، وَكَذَا المَغصُوبُ مِنهُ.

وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ: لَا يُقطَعُ بِخُصُومَةِ الغَاصِبِ وَالمُستَودَعِ، وَعَلَى هَذَا

وقال مالك وأبو ثور وابن المنذر وابن أبي ليلى وأبو بكر الحنبلي: لا تشترط المطالبة لظهورها؛ لعموم الآية كما في حد الزنا؛ لأن القطع حق الله تعالى كالزنا.

وقلنا: السرقة جناية على ملك الغير بغير إذنه، ولن تثبت الجناية إلا بمطالبته، وذلك أن بالمطالبة تظهر عدم الإباحة؛ إذ لو [لم][1] يحضر تمكنت فيه شبهة الإباحة بإباحة مالكه، أو وقفه على المسلمين، أو على طائفة السارق منهم إذا أذن له في دخول حرزه؛ فاعتبرت المطالبة دفعًا لهذه الشبهة.

أما الزنا لا يباح بالإباحة فلا تتمكن فيه الشبهة، وعلى هذا الخلاف لو غاب المالك عند القطع لم يقطع حتى يحضر، وبه قال الشافعي وأحمد (**خلافًا**) لهم؛ لأن الإمضاء من باب القضاء في الحدود.

قوله: (**خلافًا للشافعي في الإقرار**)، وهذا وجه في قوله، والأصح عندنا أن الإقرار كالبينة.

ثم لما ثبت أن المطالبة شرط فشرع في بيان أن مطالبة نائب المالك كمطالبته فقال: (**وللمستودع**) -بفتح الدال-؛ أي الذي عنده الوديعة.

قوله: (**وصاحب الربا**) وفي المحيط وجامع الصدر الشهيد: يحتمل أنه أراد به: رجل باع عشرة بعشرين، وقبض العشرين فسرق العشرون منه يقطع السارق بخصومته عند علمائنا الثلاثة؛ لأن هذا المال في يده بمنزلة المغصوب فالجواب فيه كالجواب في المغصوب، ولم يذكر العاقد الآخر من عاقدي الربا؛ لما أنه بالتسليم لم يبق له ملك ولا يد، فلا يكون له ولاية الخصومة.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية، والثالثة.

الخِلَافِ المُستَعِيرُ وَالمُستَأجِرُ وَالمُضَارِبُ وَالمُستَبضِعُ وَالقَابِضُ عَلَى سَومِ الشِّرَاءِ وَالمُرتَهِنُ، وَكُلُّ مَن لَهُ يَدٌ حَافِظَةٌ سِوَى المَالِكِ، وَيُقطَعُ بِخُصُومَةِ المَالِكِ فِي السَّرِقَةِ مِن هَؤُلَاءِ، إِلَّا أَنَّ الرَّاهِنَ إِنَّمَا يُقطَعُ بِخُصُومَتِهِ حَالَ قِيَامِ الرَّهنِ بَعدَ قَضَاءِ الدَّينِ، لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُ فِي المُطَالَبَةِ بِالعَينِ بِدُونِهِ. وَالشَّافِعِيُّ بَنَاهُ عَلَى أَصلِهِ: أَن لَا خُصُومَةَ لِهَؤُلَاءِ فِي الِاستِردَادِ عِندَهُ. وَزُفَرُ يَقُولُ: وِلَايَةُ الخُصُومَةِ فِي حَقِّ الِاستِردَادِ ضَرُورَةُ

و(**المستبضع**) -بفتح الضاد- يستعمل وإن كان الصواب كسر الضاد.

قوله: (وَكُلُّ مَنْ لَهُ يَدٌ حَافِظَةٌ سِوَى الْمَالِكِ)، كمتولي الوقف والأب والوصي فيقطع السراق منهم.

قوله: (قبل قضاء الدين أو بعده) والصحيح من النسخ: **(بعد قضاء الدين)** بدون (**قبل**) لما أنه ذكر في المحيط والإيضاح[1]: لو سرق من المرتهن له أن يقطعه لا للراهن؛ لأنه لا سبيل للراهن على أخذ الرهن. ثم قال: وإن قضى الدين فله أن يقطعه؛ لأن له أن يأخذ الرهن حينئذ، وقد نقل عن ابن المصنف أنه قال: كان في نسخة المصنف بعد القضاء.

وقيل: يمكن أن يكون هذا جواب القياس؛ يعني للمالك أن يسترده إلى الرهن كالمودع أن يسترده للحفظ؛ فلا يكون أدنى حالاً منه.

وقيد بقوله: **(حال قيام الرهن)**؛ لأنه إذا كان الرهن مستهلكًا؛ فالولاية على القطع للمرتهن لا للراهن؛ لأنه قد بطل عنه الدين.

(لأنه لا مطالبة له)؛ أي للراهن **(في العين)** بدون قيامه؛ أي قيام الرهن على الرواية التي قبل القضاء أو بعده، وعلى رواية الصحيح بدونه أو بدون قضاء الدين.

قوله: (فالشافعي بناه على أصله) وهو أن **(لا)** حق في **(خصومة لهؤلاء)** عند جحود من في يده ما لم يحضر المالك؛ لأن المطلوب منهم الحفظ دون الخصومة.

ألا ترى أنهم لا يملكون الخصومة في الدعوى عليهم إبقاء لليد؛ فَلَأَنْ لا

---

(١) ينظر: البناية شرح الهداية للعيني (٧/ ٥٨).

الحِفظِ، فَلَا تَظهَرُ فِي حَقِّ القَطعِ، لِأَنَّ فِيهِ تَفوِيتَ الصِّيَانَةِ. وَلَنَا: أَنَّ السَّرِقَةَ مُوجِبَةٌ لِلقَطعِ فِي نَفسِهَا، وَقَد ظَهَرَت عِندَ القَاضِي بِحُجَّة شَرعِيَّة، وَهِيَ شَهَادَةُ رَجُلَينِ عَقِيبَ

يملكون الخصومة في الدعوى منهم إعادة لليد أولى، ولكن قال في الوجيز[١]: يقطع بالسرقة من يد المودع والوكيل والمرتهن.

ولهذا قال في شرح المجمع: وتركت الخلاف المذكور في المنظومة، في أنه لا يقطع بالسرقة من يد المودع.

وقال مالك: يقطع بالسرقة من يد المودع والوكيل والمرتهن والمستعير [٥٩٩/أ]، وزفر يقول: ولايتهم لأجل الحفظ فيظهر في حق الحفظ ولا يظهر في القطع؛ لأن ولايتهم بحكم النيابة والنيابة فيما فيه صيانة المال لا فيما فيه تفويت الصيانة؛ لأن القطع يسقط عصمة المال فيبطل حق المالك؛ فيعود على موضعه بالنقص فلم يقطع بخصومتهم.

ولنا: (**أن السرقة موجبة للقطع...**) إلى آخره، وهذا لأن خصومتهم معتبرة؛ لأن لهم ولاية الحفظ، وذا لا يتأتى إلا بإعادة اليد، وذا لا يتأتى إلا بالخصومة فكان لهم حق الخصومة بإعادة اليد ولا اليد مقصودة كالملك؛ بل الملك بمنزلة الوسيلة إلى الوسيلة وقد أزيلت فلهم الإعادة، ولهذا لأن صاحب اليد كان أمينا لا يتمكن من أداء الأمانة إلا بيده، وإن كان ضمينا فلا يتمكن من إسقاط الضمان عن نفسه إلا بيده، وكان صاحب اليد يخاصم باعتبار حقه لا باعتبار ملك الغير.

ألا ترى أنه يستغني عن إضافة الخصومة إلى غيره ويقول: سرق مني وأزال يدي، وقصده إحياء حق المالك وحق نفسه.

فإن قيل: في صورة الإقرار لا يقطع بحضور المالك مع ظهور السرقة بإحدى الحجتين وقد مر، وكذا لو أقام وكيل المالك بينة على السرقة لا يقطع بخصومته عندنا خلافا للشافعي، وإن ظهرت السرقة بحجة شرعية لتوهم الشبهة حال غيبة المالك وتوهم الشبهة موجود في هذه الصورة مع أنه يقطع.

---

(١) ينظر: العزيز شرح الوجيز للرافعي (١١/ ١٩٣).

خُصُومَة مُعتَبَرَة مُطلَقًا، إذ الِاعتِبَارُ لِحَاجَتِهِم إِلَى الِاستِرْدَادِ فَيَستَوفِي القَطعَ.

وَالمَقصُودُ مِن الخُصُومَةِ إحيَاءُ حَقِّهِ وَسُقُوطُ العِصمَةِ ضَرُورَةُ الِاستِيفَاءِ فَلَم يُعتَبَر، وَلَا مُعتَبَرَ بِشُبهَةٍ مَوهُومَةِ الِاعتِرَاضِ كَمَا إِذَا حَضَرَ المَالِكُ وَغَابَ المُؤتَمَنُ،

قلنا: جوابه أن المستعير والمستأجر وغيرهما أصحاب يد صحيحة كما ذكرنا، فكانوا كالمالك في حق اليد لما ذكرنا أن اليد مقصودة فكان كل منهم يخاصم باعتبار حقه بخلاف الوكيل، فإنه لا يستغني عن إضافة الخصومة إلى غيره، ولا يخاصم [باعتبار][1] حقه، وفي فصل الإقرار شبهة زائدة، وهي جواز أن يرد المالك إقراره فيبقى المال مملوكا له فكان استيفاء القطع بدون حضوره استيفاء الحد مع الشبهة.

قوله: (وسقوط الْعِصْمَةِ...) إلى آخر جواب تعليل زفر يعني هؤلاء بالخصومة قصدوا إحياء حق المالك لا إسقاط حقه، ولكن سقوط الضمان من ضرورة استيفاء القطع حقًّا لله تعالى فلا يصير المودع مسقطا للضمان.

ألا ترى أن الأب والوصي لا يملكان إبطال حق الصغير؛ لأن ولايتهما نظرية ويخاصمان في السرقة، ويجب القطع ويجب الضمان بالطريق الذي ذكرنا كذا هنا كذا في المبسوط[2].

ولأن في استيفاء القطع بخصومته معنى الحفظ بطريق الزجر؛ لأن السارق إذا علم أنه يقطع بخصومته، امتنع من سرقة الوديعة حال غيبة المالك كذا في جامع المحبوبي.

قوله: (ولا معتبر بشبهة) يتوهم وجودها في الحال لا ما يتوهم اعتراضها في المآل فالقطع يستوفي بالإقرار، وإن توهم اعتراض رجوع المقر، وكذا لو حضر المالك وغاب المؤتمن يستوفى، وإن توهم أن يحضر المودع كالقصاص، فيقر أنه كان ضيفًا عنده أو إذنه في دخول الحرز.

فإن قيل: القطع عقوبة تسقط بالشبهة فلا تجب بخصومة المودَع كالقصاص.

قلنا: القطع يجب حقًّا لله تعالى إجماعاً، وإنما شرطت الخصومة؛ لبيان أن

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢١/ ١٠٢).

فَإِنَّهُ يُقطَعُ بِخُصُومَتِهِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، وَإِن كَانَت شُبهَةُ الإِذنِ فِي دُخُولِ الحِرزِ ثَابِتَة (وَإِن قُطِعَ سَارِقٌ بِسَرِقَة فَسُرِقَت مِنهُ لَم يَكُن لَهُ وَلَا لِرَبِّ السَّرِقَةِ أَن يَقطَعَ السَّارِقَ

المال ليس للسارق لكن لغيره، ونحو المودع يملك هذه الخصومة؛ لما بينا فيقطع لثبوت شرطه بخلاف القصاص؛ لأنه حق العبد، والمودع قام مقام المالك في إعادة يده كانت حقًّا له في الوديعة، وليس في استيفاء القود إعادة اليد على الوديعة؛ بل هو تصرف آخر وهو الإتلاف ولم يثبت. إليه أشار في المبسوط[١].

قوله: (**في ظاهر الرواية**) قيد به عما روى ابن سماعة عن محمد أنه قال: ليس للمالك أن يقطعه حال غيبة المودع، هكذا ذكر في المنتقى لما ذكرنا من الشبهة.

قوله: (**فَسُرِقَتْ مِنْهُ**)؛ أي من السارق لم يقطع السارق الثاني وبه قال أحمد والشافعي في قول.

وقال مالك والشافعي في قول: يقطع بدعوى المالك؛ لأنه سرق نصابا من حرز مثله لا شبهة فيه سواء قطع السارق الأول أو لا. وذكر أصحاب الشافعي الخصم في قطع هذا السارق المالك لا السارق، والغاصب.

قال صاحب الحلية[٢]: وعندي أن كل واحد من المالك والسارق والغاصب هو خصم.

وقلنا: إن المال غير متقوم في حق السارق؛ لعدم وجوب الضمان عليه ولا في حق المالك أيضًا لعدم وجوب الضمان له، فَيَدُ السارقِ الأولِ ليست بيد ضمان ولا يد أمانة ولا يد ملك، ولهذا لا يكون له حق الخصومة في الاسترداد لحاجته؛ لأن الرد واجب عليه، وهذا [٥٩٩/ب] عندنا إذا قطع الأول فإن لم تقطع يد الأول تقطع بخصومته؛ لأنه كالغاصب إذا لم يسقط يقوم المال لأن سقوطه ضرورة القطع ولم يوجد ولا فرق عند أحمد بين القطع وعدمه؛ لأن يد السارق على المال، لا يد أمانة ولا يد ملك فأشبه ما لو وجده ضائعا.

---

(١) المبسوط للسرخسي (٣٠/ ١٤٩).

(٢) حلية العلماء للشاشي (٨/ ٦٧).

الثَّانِي) لِأَنَّ المَالَ غَيرُ مُتَقَوِّم فِي حَقِّ السَّارِقِ حَتَّى لَا يَجِبَ عَلَيهِ الضَّمَانُ بِالهَلَاكِ فَلَم تَنعَقِد مُوجِبَة فِي نَفسِهَا، وَلِلأَوَّلِ وِلَايَةُ الخُصُومَةِ فِي الِاستِردَادِ فِي رِوَايَة لِحَاجَتِهِ، إذ الرَّدُّ وَاجِبٌ عَلَيهِ (وَلَو سَرَقَ الثَّانِي قَبلَ أَن يُقطَعَ الأَوَّلُ، أَو بَعدَ مَا دُرِئَ الحَدُّ بِشُبهَة يُقطَعُ بِخُصُومَةِ الأَوَّلِ) لِأَنَّ سُقُوطَ التَّقَوُّمِ ضَرُورَةُ القَطعِ وَلَم يُوجَد فَصَارَ كَالغَاصِبِ (وَمَن سَرَقَ سَرِقَة فَرَدَّهَا عَلَى المَالِكِ قَبلَ الِارتِفَاعِ إلَى الحَاكِمِ لَم يُقطَع) وَعَن أَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ يُقطَعُ اعتِبَارًا بِمَا إذَا رَدَّهُ بَعدَ المُرَافَعَةِ. وَجهُ الظَّاهِرِ: أَنَّ الخُصُومَةَ شَرطٌ لِظُهُورِ السَّرِقَةِ، لِأَنَّ البَيِّنَةَ إنَّمَا جُعِلَت حُجَّةً ضَرُورَةِ قَطعِ المُنَازَعَةِ وَقَد انقَطَعَت الخُصُومَةُ، بِخِلَافِ مَا بَعدَ المُرَافَعَةِ لِانتِهَاءِ الخُصُومَةِ لِحُصُولِ مَقصُودِهَا فَتَبقَى تَقدِيرًا

قوله: (لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ)، وفي النهاية[١]: وفي بعض النسخ بالواو، (ولأن البينة)، ولكن نسخة شيخي بلا واو، وهو الأصح؛ لأن ذلك تقرير للأول فإن الخصومة شرط لظهور السرقة، لا أن الخصومة للحد.

يؤيده ما ذكر في المحيط: أن القطع وإن كان حق الله على الخلوص إلا أن ثبوته في ضمن ثبوت حق العبد في المسروق، ولهذا لو شهدا بالسرقة والمشهود له ينكر السرقة لا يقطع؛ لما أن القطع في ضمن حق العبد، ولم يثبت؛ لأن ثبوته بالبينة بناء على خصومة صحيحة، وخصومة المسروق منه لا تثبت؛ لوصول المسروق إليه؛ فلا يثبت القطع الذي في ضمنه وإنما يدعي القطع بعد ذلك، وهو أجنبي عنه، ولا قطع بدعوى الأجنبي فكذا بدعواه.

قوله: (بِخِلَافِ مَا بَعْدَ الْمُرَافَعَةِ)، يعني لوردوها بعد سماع البينة والقضاء تقطع استحسانا لظهور السرقة عند القاضي بالشهادة بعد (خصومة معتبرة)، ورد المال للخصومة فالمقصود بالخصومة استرداد المال، والمنتهي يكون مقررا في نفسه؛ فكانت خصومة قائمة باعتبار قيام يده على المال تقديرًا. إليه أشار في الإيضاح، والمبسوط[٢] والمحيط.

ولو رده على ولده أو ذي رحم إن لم يكن في عيال المالك يقطع؛ لعدم

---

(١) انظر: البناية شرح الهداية للعيني (٧/ ٦٢). (٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٩/ ١٨٦).

(وَإذَا قُضِيَ عَلَى رَجُل بِالقَطعِ فِي سَرِقَة فَوُهِبَت لَهُ لَم يُقطَع) مَعنَاهُ: إذَا سُلِّمَت إلَيهِ (وَكَذَلِكَ إذَا بَاعَهَا المَالِكُ إيَّاهُ) وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ: يُقطَعُ، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَن أَبِي يُوسُفَ، لِأَنَّ السَّرِقَةَ قَد تَمَّت انعِقَادا وَظُهُورًا، وَبِهَذَا العَارِضِ لَم يَتَبَيَّن قِيَامُ المِلكِ وَقتَ السَّرِقَةِ فَلَا شُبهَةَ.

الوصول إليه حقيقة وحكمًا، ولهذا يضمن المودع والمستعير بالدفع إليه، وإن كان في عياله لا يقطع؛ لأن يد من في عياله كيده حكما، ولهذا لا يضمن المودع والمستعير بالدفع إليه، وكذا لو رده على امرأته أو عبده أو أجيره مشاهرة أو مشابهة.

ولو دفع إلى والده أو جده أو والدته أو جدته، وليسوا في عياله لا يقطع؛ لأن لهؤلاء شبهة الملك في ماله بالنص فتثبت شبهة الرد وشبهة الرد كالرد، ولو دفع إلى عيال هؤلاء يقطع؛ لأنه شبهة الشبهة وهي غير معتبرة، ولو دفع إلى مكاتبه لا يقطع؛ لأنه عبده، ولو سرق من المكاتب ورد إلى سيده لا يقطع، ولو سرق من العيال ورده إلى من يعولهم لا يقطع؛ لأن يده عليهم فوق أيديهم في ماله.

قوله: (وهو قول زفر والشافعي)، وبه قال مالك وأحمد وأبو يوسف في رواية، وبهذا العارض وهو ثبوت الملك بالهبة والشراء.

(لم يتبين قيام الملك وقت السرقة)؛ لأن الهبة والشراء يوجب ملكا حادثا فلا يمتنع به الاستيفاء كالرد على المالك، وهذا احتراز عما أقر به المالك أن المسروق للسارق.

والدليل على أن الملك الحادث لا يمنع القطع، ما روى الزهري أن صفوان بن أمية نام في المسجد وتوسد رداءه فسرق من تحت رأسه فجيء بالسارق إلى النبي ﷺ فأمر بقطعه فقال صفوان: يا رسول الله لم أرد هذا ردائي عليه صدقة فقال عليه السلام: «**فهلّا قبلَ أن تَأتيني بِهِ**»، رواه أبو داود، وابن ماجه[1]؛ فعلم أن الهبة بعد القضاء لا تمنع القطع، ولأن اعتبار العقوبة في

---

(١) تقدم تخريجه قريبًا.

وَلَنَا: أَنَّ الإِمضَاءَ مِن القَضَاءِ فِي هَذَا البَابِ لِوُقُوعِ الِاستِغنَاءِ عَنهُ بِالِاستِيفَاءِ، إذ القَضَاءُ لِلإِظهَارِ وَالقَطعُ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى وَهُوَ ظَاهِرٌ عِندَهُ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ يُشتَرَطُ قِيَامُ الخُصُومَةِ عِندَ الِاستِيفَاءِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا مَلَكَهَا مِنهُ قَبلَ القَضَاءِ.

قَالَ: (وَكَذَا إِذَا نَقَصَت قِيمَتُهَا مِن النِّصَابِ) يَعنِي: قَبلَ الِاستِيفَاءِ بَعدَ القَضَاءِ. وَعَن مُحَمَّد: أَنَّهُ يُقطَعُ وَهُوَ قَولُ زُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ، اعتِبَارًا بِالنُّقصَانِ فِي العَينِ، وَلَنَا: أَنَّ كَمَالَ النِّصَابِ لَمَّا كَانَ شَرطًا يُشتَرَطُ قِيَامُهُ ....

الجناية حالة الجناية، كما لو زنى بجارية ثم ملكها أو بامرأة ثم تزوجها لم يسقط الحد.

(**ولنا: أن الإمضاء من القضاء في هذا الباب**)؛ أي باب الحدود. (**لوقوع الاستغناء عنه**)؛ أي عن القضاء وقد بيناه في حد الزنا.

وقد اعترض ما يوجب فقد شرطه عند ذلك وهو الخصومة فامتنع الإمضاء كما امتنع القضاء بخلاف رد المال؛ لأنه يؤكد الخصومة وينهيها، والمنتهي في حكم المتقرر فتبقى الخصومة تقديرا، فأما الهبة فتقطع الخصومة؛ لأنه ما كان يخاصم ليهب منه.

وثمة إنما خاصمه ليرد عليه، وما يفوت مقصود الشيء لا يكون مُنهِيًا له، وبخلاف الزنا؛ فإن وجوب الحد باعتبار ما استوفى من العين وذلك المستوفى مُتلاشٍ، وهاهنا القطع باعتبار العين وملكه حدث في العين وهو باقٍ.

وأما الحديث يحتمل أن يكون ذلك سياسة، ويحتمل أن قوله: لا صدقة عليه بعد الدفع إليه في ذلك، لا يكون ملكا له قبل القبض.

قوله: (**وَكَذَا إن انتقصت قِيمَتُهَا**)؛ أي نقصت من حيث السعر فإنه ذكر في المحيط: لو كان نقصان [٦٠٠/أ] القيمة لنقصان في العين يقطع، وإن كان النقصان في السعر؛ لا يقطع في ظاهر الرواية.

(**وعن محمد: يقطع**) وبه قال زفر والشافعي ومالك وأحمد؛ قياسا على النقصان من حيث العين، سواء كان النقصان في العين سماويًّا أو بفعل السارق.

قوله: (**يشترط قيامه**) أي: قيام النصاب عند الإمضاء.

عِندَ الإمضَاءِ لِمَا ذَكَرنَا، بِخِلَافِ النُّقصَانِ فِي العَينِ لِأَنَّهُ مَضمُونٌ عَلَيهِ فَكَمُلَ النِّصَابُ عَينًا وَدَينًا، كَمَا إِذَا استُهلِكَ كُلُّهُ، أَمَّا نُقصَانُ السِّعرِ فَغَيرُ مَضمُون فَافتَرَقَا.

(وَإِذَا ادَّعَى السَّارِقُ أَنَّ العَينَ المَسرُوقَةَ مِلكُهُ، سَقَطَ القَطعُ عَنهُ وَإِن لَم يُقِم بَيِّنَة) مَعنَاهُ: بَعدَمَا شَهِدَ الشَّاهِدَانِ بِالسَّرِقَةِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَسقُطُ بِمُجَرَّدِ الدَّعوَى، لِأَنَّهُ لَا يَعجِزُ عَنهُ سَارِقٌ فَيُؤَدِّي إِلَى سَدِّ بَابِ الحَدِّ. وَلَنَا: أَنَّ ....

(لما ذكرنا أن الإمضاء من القضاء) فكان النقصان المعترض قبل الإمضاء بدليل عمى الشهود والخرس والردة والفسق بخلاف النقصان في العين؛ لأن ما نقص في العين مضمون على السارق، والضمان قائم مقام المضمون؛ فصار كالعين قائم من كل وجه وصار كاستهلاك كله، (أما نقصان السعر غير مضمون على السارق)؛ لأنه يكون بفتور الرغبات، وذا لا يكون مضمونًا على أحد؛ فلم تكن العين قائمة حقيقة ومعنًى؛ فلم يقطع.

قوله: (عَيْنًا وَدَيْنًا)؛ أي جميعا بعض عين، وبعضه دين في ذمة السارق.

قوله: (مَعْنَاهُ بَعْدَمَا شَهِدَ الشَّاهِدَانِ)، إنما قال ذلك؛ لأنه لو أقر بالسرقة ثم رجع وقال: ما سرقت ولكن المسروق ملكي لا يقطع بالإجماع.

وقال الشافعي: لا يسقط بمجرد الدعوى.

وفي المغني لابن قدامة[١]: في كتب أصحاب الشافعي يحلف المسروق منه؛ فإن نكل لا قطع عليه بالإجماع، وإن حلف لا يقطع أيضًا وهو نص الشافعي.

وقال بعض أصحابه فيه وجهان: قيل: يقطع وبه قال أحمد في رواية؛ لأن سقوط القطع بمجرد دعواه، يؤدي إلى سد باب القطع؛ إذ كل سارق لا يعجز عن هذا.

وعن أحمد رواية أخرى؛ أنه إن كان السارق معروفا بالسرقة قطع؛ لأنه يعلم كذبه بدلالة الحال، وأولى الروايات أنه لا يقطع بكل حال؛ لأن الحد يدرأ بالشبهات وهي احتمال صدقه انتهى كلامه.

---

(١) المغني لابن قدامة (٩/ ١٤٣).

الشُّبهَةَ دَارِئَةٌ وَتَتَحَقَّقُ بِمُجَرَّدِ الدَّعوَى لِلاحتِمَالِ، وَلَا مُعتَبَرَ بِمَا قَالَ بِدَلِيلِ صِحَّةِ الرُّجُوعِ بَعدَ الإِقرَارِ (وَإِذَا أَقَرَّ رَجُلَانِ بِسَرِقَة، ثُمَّ قَالَ أَحَدُهُمَا: هُوَ مَالِي، لَم يُقطَعَا) لِأَنَّ الرُّجُوعَ عَامِلٌ فِي حَقِّ الرَّاجِعِ وَمُورِثٌ لِلشُّبهَةِ فِي حَقِّ الآخَرِ، لِأَنَّ السَّرِقَةَ تَثبُتُ بِإِقرَارِهِمَا عَلَى الشَّرِكَةِ (فَإِن سَرَقَا ثُمَّ غَابَ أَحَدُهُمَا وَشَهِدَ الشَّاهِدَانِ عَلَى سَرِقَتِهِمَا قُطِعَ الآخَرُ فِي قَولِ أَبِي حَنِيفَةَ الآخِرِ، وَهُوَ قَولُهُمَا) وَكَانَ يَقُولُ أَوَّلًا: لَا يُقطَعُ، لِأَنَّهُ لَو حَضَرَ رُبَّمَا يَدَّعِي الشُّبهَةَ.

وَجهُ قَولِهِ الآخِرِ: أَنَّ الغَيبَةَ تَمنَعُ ثُبُوتَ السَّرِقَةِ عَلَى الغَائِبِ، فَيَبقَى مَعدُومًا وَالمَعدُومُ لَا يُورِثُ الشُّبهَةَ وَلَا مُعتَبَرَ بِتَوَهُّمِ حُدُوثِ الشُّبهَةِ عَلَى مَا مَرَّ (وَإِذَا أَقَرَّ

(للاحتمال)؛ أي احتمال صدقه، (ولا معتبر بما قاله الخصم)، وهو أنه لا يعجز عنه سارق بدليل صحة الرجوع بعد الإقرار؛ فإنه يدرأ عنه، مع أن ما من مقر إلا ويتمكن من الرجوع، وصار احتمال الرجوع (شبهة دارئة) ولا ينسد باب الحد فكذا هاهنا مع أنه لا يفضي إلى ذلك عادة فكان أكثر السراق لا يعلمون هذا ولا يهتدون، وإنما يختص بعلم هذا الفقهاءُ الذين لا يسرقون غالبًا، وسمى الشافعي ذلك السارق ظريفا.

قوله: (لم يُقطعا) سواء ادعى قبل القضاء أو بعده قبل الإمضاء.

وعند الأئمة الثلاثة: لم تعتبر دعواه بعد القضاء، كما لو رجع أحدهما عنها لا يسقط في حق الآخر.

قوله: (وموِرث للشبهة في حق الآخر)؛ أي الشريك الآخر لاتحاد السرقة.

قوله: (وكان يقول)؛ أي أبو حنيفة **(يقول أولًا: لا يقطع)**، وكذا في الإقرار بأن أقر بالسرقة مع فلان الغائب لم يقطع في قوله الأول وهو قول زفر، ويقطع في قوله الآخر وهو قولهما وبه قالت الأئمة الثلاثة.

قوله: (لأنه)؛ أي الغائب **(لو حضر ربما يدعي الشبهة)**؛ فصار كقصاص بين اثنين حاضر وغائب، ليس للحاضر أن يستوفيه؛ لاحتمال عفو الغائب فكذا هذا.

قوله: (فلا معتبر بتوهم حدوث الشبهة)؛ لأنه لو اعتبر يلزم اعتبار شبهة الشبهة، وهي منحطة من حين الاعتبار.

العَبدُ المَحجُورُ عَلَيهِ بِسَرِقَةِ عَشَرَةِ دَرَاهِمَ بِعَينِهَا، فَإِنَّهُ يُقطَعُ، وَتُرَدُّ السَّرِقَةُ إِلَى المَسرُوقِ مِنهُ) وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يُقطَعُ وَالعَشَرَةُ لِلمَولَى. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا يُقطَعُ وَالعَشَرَةُ لِلمَولَى وَهُوَ قَولُ زُفَرَ(*). وَمَعنَاهُ: إِذَا كَذَّبَهُ المَولَى (وَلَو أَقَرَّ بِسَرِقَةِ مَال مُستَهلَك قُطِعَت يَدُهُ، وَلَو كَانَ العَبدُ مَأذُونًا لَهُ ....

قوله: (على ما مر)؛ إشارة إلى قوله: (ولا معتبر لشبهة موهومة الاعتراض...) إلى آخره بخلاف القصاص فالشبهة هناك تَوَهُّم عفو موجود من الغائب في الحال، ثم إذا جاء الغائب لم يقطع بالشهادة الأولى حتى تعاد تلك البينة أو غيرها؛ فحينئذ يقطع لأن تلك البينة في حق الغائب غير معتبرة؛ لأنها قامت بغير خصم؛ إذ الحاضر لا ينتصب خصما عنه إما؛ لأن النيابة لا تجزئ في الخصومة في الحدود أو لأنه ليس من ضرورة ثبوت السرقة على الحاضر ثبوتها على الغائب كذا في المبسوط[1].

قوله: (وَإِذَا أَقَرَّ الْعَبْدُ الْمَحْجُورُ...) إلى آخره.

وفي الكافي[2]: المسألة على وجوه؛ لأن العبد لا يخلو إما إن كان مأذونا أو محجورا، والمال قائم في يده أو هالك؛ فإن كان مأذونا يصح إقراره في حق القطع، والمال فيقطع ويرد المال على المسروق منه بالإجماع، وإن كذبه وقال: المال مالي.

قال أبو حنيفة: يقطع، والمال للمسروق منه.

وقال أبو يوسف: يقطع والمال للسيد وبه قال الشافعي في الأصح ومالك وأحمد.

وقال محمد: لا يقطع والمال للسيد. وقال زفر: لا يقطع في الوجوه كلها، والمال للمسروق منه إن كان مأذونا، وللمولى إن كان محجورا.

للشافعي أقوال: [٦٠٠/ب] في قول كما قال أبو يوسف كما ذكرنا، وفي قول كما قال أبو حنيفة، وفي قول: إن كان المال باقيا في يد العبد قبل إقراره

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٩/ ١٧٠)

(٢) انظر: العناية شرح الهداية للبابرتي (٥/ ٤٠٩).

يُقطَعُ فِي الوَجهَينِ) ....

في حق المال أيضًا، وإن كان المال تالفا لم يقبل إقراره في حق المال أيضًا، وإن كان بالغا.

وقيد في الكتاب: بكون العبد محجورًا، والدراهم بعينها؛ فإنهم أجمعوا على أنه لو كان مأذونا يقطع كما ذكرنا، وكذا لو أقر بسرقة عشرة دراهم بغير عينها تقطع يده وإن كان محجورًا ذكره أبو اليسر في جامعه، ذكره في الفوائد الظهيرية.

وحاصل الاختلاف راجع إلى حرف، وهو أن القطع أصل والمال تبع أو المال أصل والقطع تبع أو كل منهما أصل.

قال أبو حنيفة: القطع أصل والمال تبع.

وقال أبو يوسف: كلاهما أصل.

وقال محمد: المال أصل والقطع تبع.

لمحمد: أنه إذا سرق ما دون العشرة لا يقطع، والخصومة شرط للقطع، ولولا أن المال أصل لوجب القطع بدون الخصومة؛ لأن القطع محض حق الله تعالى، فإذا لم يصح إقراره في حق الأصل وهو المال لم يصح في حق التبع وهو القطع.

وقال أبو يوسف: المال أصل كما قال محمد، وأما أصالة القطع بدليل أن الحر إذا أقر بسرقة مال من زيد، والمال في يد عمرو وكذبه عمرو؛ يصح إقراره في حق القطع دون المال.

وقال أبو حنيفة: القطع أصل بدليل أنه لو قال: أبغي المال ولا أبغي القطع لا يسقط القطع، وبدليل أنه يبطل بالتقادم، وإذ صح إقراره بما هو أصل صح بما هو تبع.

وعن الطحاوي: سمعت أستاذي ابن أبي عمران أن الاقاويل كلها عن أبي حنيفة فقوله الأول أخذ به محمد ثم رجع إلى قول أبي يوسف، ثم رجع إلى القول الثالث واستقر عليه، وهو نظير مسألة الحملان.

قوله: (يقطع في الوجهين)؛ أي فيما إذا كان المال قائما أو هالكا.

قَالَ زُفَرُ: لَا يُقطَعُ فِي الوُجُوهِ كُلِّهَا، لِأَنَّ الأَصلَ عِندَهُ أَنَّ إقرَارَ العَبدِ عَلَى نَفسِهِ بِالحُدُودِ وَالقِصَاصِ لَا يَصِحُّ، لِأَنَّهُ يَرِدُ عَلَى نَفسِهِ وَطَرَفِهِ وَكُلُّ ذَلِكَ مَالُ المَولَى، وَالإِقرَارُ عَلَى الغَيرِ غَيرُ مَقبُولٍ، إِلَّا أَنَّ المَأذُونَ لَهُ يُؤَاخَذُ بِالضَّمَانِ وَالمَالِ لِصِحَّةِ إقرَارِهِ بِهِ لِكَونِهِ مُسَلَّطًا عَلَيهِ مِن جِهَتِهِ.

وَالمَحجُورُ عَلَيهِ لَا يَصِحُّ إقرَارُهُ بِالمَالِ أَيضًا، وَنَحنُ نَقُولُ يَصِحُّ إقرَارُهُ مِن حَيثُ إِنَّهُ آدَمِيٌّ ثُمَّ يَتَعَدَّى إِلَى المَالِيَّةِ فَيَصِحُّ مِن حَيثُ إِنَّهُ مَالٌ، وَلِأَنَّهُ لَا تُهمَةَ فِي هَذَا الإِقرَارِ لِمَا يَشتَمِلُ عَلَيهِ مِن الأَضرَارِ، وَمِثلُهُ مَقبُولٌ عَلَى الغَيرِ. لِمُحَمَّد فِي المَحجُورِ عَلَيهِ: أَنَّ إقرَارَهُ بِالمَالِ بَاطِلٌ، وَلِهَذَا: لَا يَصِحُّ مِنهُ الإِقرَارُ بِالغَصبِ فَيَبقَى مَالُ

قوله: (**في الوجوه كلها**)؛ أي فيما إذا كان العبد محجورًا أو مأذونا، والمال قائم وهالك.

قوله: (**لأنه**)؛ أي إقراره (**يرد على نفسه**)؛ أي فيما إذا أقر بقتل الغير عمدا (**وطرفه**)؛ أي فيما أقر بالسرقة (**وكله مال المولى والإقرار على الغير غير مقبول**).

ألا ترى أنه لو أقر برقبته لغيره كان إقراره باطلا، (**يؤاخذ بالضمان**)؛ أي في المستهلك (**والمال**)؛ أي في القائم.

وقلنا: (**يصح إقراره من حيث إنه آدمي**) يخاطب لا من حيث إنه مال ونفسه حقه في حق سيده فإقراره في هذا كإقرار الحر ولهذا لا يملك المولى الإقرار عليه بذلك غير أنه متى صح إقراره على نفسه واستحق نفسه (**من حيث إنه آدمي**) تعدى إلى استحقاق نفسه (**من حيث إنه مال**) تبعا فقد يثبت الشيء تبعا ولا يثبت قصدا.

قوله: (**ومثله**)؛ أي مثل ما كان ضرر الإقرار ساريًا على المقر، وعلى الغير بطريق التبعية؛ لانعدام تهمة الكذب فيه مقبول على الغير كشهادة العبد برؤية هلال رمضان، وفي السماء؛ عله تقبل شهادته ويثبت الرمضان في حق غيره، وكذا لو أقر الحر المديون المفلس بالقتل العمد يقتص بالإجماع، وإن كان فيه إبطال ديون أرباب الديون.

قوله: (**لا يصح الإقرار منه**)؛ أي من العبد (**بالغصب**) فكذا لا يصح إقراره

المَولَى، وَلَا قَطعَ عَلَى العَبدِ فِي سَرِقَةِ مَالِ المَولَى. يُؤَيِّدُهُ أَنَّ المَالَ أَصلٌ فِيهَا وَالقَطعُ تَابِعٌ حَتَّى تُسمَعَ الخُصُومَةُ فِيهِ بِدُونِ القَطعِ وَيَثبُتُ المَالُ دُونَهُ، وَفِي عَكسِهِ لَا تُسمَعُ وَلَا يَثبُتُ، وَإِذَا بَطَلَ فِيمَا هُوَ الأَصلُ بَطَلَ فِي التَّبَعِ، بِخِلَافِ المَأذُونِ، لِأَنَّ إِقرَارَهُ بِالمَالِ الَّذِي فِي يَدِهِ صَحِيحٌ فَيَصِحُّ فِي حَقِّ القَطعِ تَبَعا. وَلِأَبِي يُوسُف: أَنَّهُ أَقَرَّ بِشَيئَينِ: بِالقَطعِ وَهُوَ عَلَى نَفسِهِ فَيَصِحُّ عَلَى مَا ذَكَرنَاهُ. وَبِالمَالِ وَهُوَ عَلَى المَولَى فَلَا يَصِحُّ فِي حَقِّهِ فِيهِ، وَالقَطعُ يُستَحَقُّ بِدُونِهِ؛ كَمَا إِذَا قَالَ الحُرُّ: الثَّوبُ الَّذِي فِي يَدِ زَيد سَرَقته مِن عَمرو، وَزَيدٌ يَقُولُ: هُوَ ثَوبِي، تُقطَعُ يَدُ المُقِرِّ وَإِن كَانَ لَا يُصَدَّقُ فِي تَعيِينِ الثَّوبِ حَتَّى لَا يُؤخَذَ مِن زَيد. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّ الإِقرَارَ بِالقَطعِ قَد صَحَّ مِنهُ لِمَا بَيَّنَّا، فَيَصِحُّ بِالمَالِ بِنَاء عَلَيهِ، لِأَنَّ الإِقرَارَ يُلَاقِي حَالَةَ البَقَاءِ،

بالسرقة، وإذا لم يصح إقراره في حق المال بقي المال على ملك سيده، ولا قطع على العبد في مال حكم به لسيده؛ لأن كون المال مملوكا لغير السارق وغير مولاه شرط وجوب القطع.

قوله: (**ويثبت المال دونه**)؛ أي دون القطع كما لو شهد رجل وامرأتان.

قوله: (**فلا يصح في حقه**)؛ أي حق المولى (**فيه**)؛ أي في المال، (**والقطع يستحق بدونه**) أي بدون المال (**كما إذا قال الحر...**) إلى آخره.

وفي المبسوط[1]: كما لو أقر بسرقة مال مستهلك، وهذا لأنا لا نقبل إقراره لا يتعين هذا المال؛ فيبقى المسروق مستهلكا.

قوله: (**لما بيّنا**)، وهو أنه (**من حيث إنه آدمي...**) إلى آخره (**بناء عليه**)؛ أي القطع لأن من ضرورة وجوب القطع كون المال مملوكا لغير مولاه كما بينا؛ فيثبت ما كان من ضرورات القطع لو باع أحد ولدي التوأم فأعتقه المشتري ثم ادعى البائع نسب الذي عنده يثبت نسب الآخر منه ويبطل عتق المشتري للضرورة فهذا مثله.

قوله: (**لأن الإقرار يلاقي حالة البقاء**)؛ (**لأن الإقرار**) بالشيء إظهار أمر قد كان فلا بد من وجود المخبر قبل الإقرار.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٩/ ١٨٤).

وَالمَالُ فِي حَالَةِ البَقَاءِ تَابِعٌ لِلقَطعِ حَتَّى تَسقُطَ عِصمَةُ المَالِ بِاعتِبَارِهِ وَيُستَوفَى القَطعُ بَعدَ استِهلَاكِهِ. بِخِلَافِ مَسأَلَةِ الحُرِّ، لِأَنَّ القَطعَ إِنَّمَا يَجِبُ بِالسَّرِقَةِ مِن المُودَعِ.

أَمَّا لَا يَجِبُ بِسَرِقَةِ العَبدِ مَالَ المَولَى فَافتَرَقَا وَلَو صَدَّقَهُ المَولَى يُقطَعُ فِي الفُصُولِ كُلِّهَا لِزَوَالِ المَانِعِ.

قَالَ: (وَإِذَا قُطِعَ السَّارِقُ وَالعَينُ قَائِمَةٌ فِي يَدِهِ رُدَّت عَلَى صَاحِبِهَا) لِبَقَائِهَا عَلَى مِلكِهِ (وَإِن كَانَت مُستَهلَكَة لَم يَضمَن) ....

ألا ترى أن إقرار أحد الزوجين بالنكاح صحيح من غير شهادة، والمال في حالة البقاء تبع للقطع، ولهذا تسقط عصمة المال باعتباره ويستوفى القطع بلا هلاكه؛ فلو أبطلنا إقراره في [٦٠١/أ] حق القطع باعتبار المال لجعلنا المال في البقاء أصلا وهو باطل كذا في جامع البرهاني.

وقوله: (تسقطُ) بالرفع؛ لأن هذا ثابت فلا تكون حتى للغاية **(باعتباره)**؛ أي باعتبار القطع كما يجيء عندنا.

قوله: (بِخِلَافِ مَسْأَلَةِ الْحُرِّ)، وهو ما استشهد به أبو يوسف؛ لأنه ليس من ضرورة كونه مسروقا عن شخص كونه هالكا؛ لجواز أن يكون مودعا ويقطع بالسرقة من المودع.

فإن قيل: جاز أن يكون المسروق منه هنا مودعا للمولى لا يجب القطع؛ لأن العبد لا يقطع بالسرقة من مال المولى؛ فكان من ضرورة وجوب القطع عليه ألا يكون المال لمولاه، ولو صدقه المولى يقطع في كل الفصول بإجماع العلماء؛ لأن المانع زال.

قوله: (وقال الشافعي يضمن فيهما)؛ أي في الهلاك والاستهلاك، لا خلاف لأهل العلم أن المال؛ إذا كان باقيا يرد على مالكه، وكذا لو باعه السارق أو وهبه يأخذه من المشتري والموهوب له ويبطل البيع والهبة.

واختلفوا في التالفة فقال الشافعي وأحمد وأبو ثور والبتّي والنخعي وحماد والحسن وإسحاق والليث: يجب على السارق رد قيمتها أو مثلها إن كان مثليًّا.

وقال علماؤنا والثوري: لا يجتمع الضمان مع القطع؛ فلو ضمنه المالك

وَهَذَا الإِطْلَاقُ يَشْمَلُ الهَلَاكَ وَالِاستِهلَاكَ، وَهُوَ رِوَايَةُ أَبِي يُوسُفَ عَن أَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ المَشهُورُ. وَرَوَى الحَسَنُ عَنهُ: أَنَّهُ يَضمَنُ بِالِاستِهلَاكِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَضمَنُ فِيهِمَا، لِأَنَّهُمَا حَقَّانِ قَد اختَلَفَ سَبَبَاهُمَا فَلَا يَمتَنِعَانِ، فَالقَطعُ حَقُّ الشَّرعِ وَسَبَبُهُ تَركُ الِانتِهَاءِ عَمَّا نَهَى عَنهُ. وَالضَّمَانُ حَقُّ العَبدِ وَسَبَبُهُ أَخذُ المَالِ فَصَارَ كَاستِهلَاكِ صَيدُ مَملُوكٍ فِي الحَرَمِ أَو شُربِ خَمرِ مَملُوكَةٍ لِذِمِّيٍّ. وَلَنَا: قَولُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا غُرمَ عَلَى السَّارِقِ بَعدَمَا قُطِعَت يَمِينُهُ» ....

قبل القطع سقط القطع، وإن قطعه سقط الضمان وبه قال عطاء وابن سيرين وابن شبرمة والشعبي ومكحول.

وقال مالك: إن كان السارق معسرا فلا ضمان عليه، وإن كان موسرا يضمن نظرا للجانبين، والمسألة مستقصاة في الأصول؛ فلا يشتغل ببيان الجهة من الطرفين.

قوله: (وهذا الإطلاق)؛ أي قوله: (وإن كانت مستهلكة) يشمل الهلاك والاستهلاك ففي الهلاك أولى.

قوله: (وشَرِبَ خَمْرًا مَمْلُوكَةً لِلذِّمِّيِّ)؛ أي على أصلكم أما عنده فلا يجب ضمان الخمر بالاستهلاك وإن كان للذمي.

ولنا؛ قوله عليه السلام الحديث قال عبد الله بن صالح حدثني المفضل بن فضالة عن يونس بن يزيد قال: سمعت سعد بن إبراهيم يحدث عن أخيه المسور ابن إبراهيم يحدث المسور عن عبد الرحمن بن عوف عن رسول الله ﷺ قال: «**إذا أُقيمَ علَى السارقِ الحدُّ؛ فلَا غُرمَ عليهِ**»[1].

وذكر ابن قدامة في المغني[2]: قال ابن المنذر: سعد بن إبراهيم مجهول. وقال ابن عبد البر: الحديث ليس بقوي.

قلنا: ليس كذلك فإن الزهري يروي عن سعد بن إبراهيم هذا الحديث نقله عبد الباقي وقال عبد الباقي: هذا صحيح، وقول ابن قدامة؛ يحتمل أن المراد ليس أجرة القاطع عليه.

---

(١) تقدم تخريجه قريبا.

(٢) المغني لابن قدامة (٩/ ١٣٠).

وَلِأَنَّ وُجُوبَ الضَّمَانِ يُنَافِي القَطعَ، لِأَنَّهُ يَتَمَلَّكُهُ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ مُستَنِدًا إِلَى وَقتِ الأَخذِ، فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ وَرَدَ عَلَى مِلكِهِ فَيَنتَفِي القَطعُ لِلشُّبهَةِ وَمَا يُؤَدِّي إِلَى انتِفَائِهِ فَهُوَ المُنتَفِي، وَلِأَنَّ المَحَلَّ لَا يَبقَى مَعصُوما حَقًّا لِلعَبدِ، إذ لَو بَقِيَ لَكَانَ مُبَاحًا فِي نَفسِهِ

قلنا: إطلاق الغرم على أجرة القاطع خلاف الظاهر مع أنه نكرة في موضع النفي.

قوله: (**وَلِأَنَّ وُجُوبَ الضَّمَانِ**...) إلى آخره.

وفي الأسرار والمبسوط[1]: القطع عقوبة تندرئ بالشبهات فلا يجمع بينهما بسبب فعل واحد كالقصاص مع الدية (**ولأنه**)؛ أي السارق (**يتملكه بأداء الضمان**...) إلى آخره.

قال ابن قدامة[2]: هذا مبني على أصلكم ولا نسلمه.

قلنا: قد دللنا على هذين الأصلين في الأصول فلا نعيده هاهنا.

قوله: (**لكان مباحا في نفسه**).

فإن قيل: لا نسلم أنه بقي العبد لكان مباحا في نفسه؛ لجواز أن يكون الشيء الواحد حرامًا بالنسبة إلى الغير وحرامًا في ذاته أيضًا كالزنا في رمضان حرام في ذاته وحرام أيضًا لهتك حرمة الصوم؛ فلا يلزم أن يكون مباحا في نفسه.

قلنا: ما كان حراما لغيره يصير مباحا بالنسبة إلى عدم ذلك، وإن كان حراما في نفسه فهذا المقدار يصير شبهة دارئة للحد كما بين في الأصول، مع أن هذا المال المسروق ما كان حرامًا لعينه عند وجوب القطع، وعند وجود القطع تتحول (العصمة)؛ أي تكون حرامًا لله تعالى ضرورة كون القطع جزاءً، كما بيّن في الأصول.

فإن قيل: لو انتقلت العصمة قبل السرقة ففيه سبق الحكم على السبب؛ لأنه لا سبب سوى السرقة، وإن انتقلت بعدها فلا يفيد؛ لأن السبب صادف محلًا معصومًا للغير، وإن انتقلت معها فهو باطل أيضًا؛ لأن السرقة وقت الوجود ليست بموجبة فكيف يثبت الحكم وقت الوجود؟.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٩/ ١٥٧).

(٢) المغني لابن قدامة (٩/ ١٣٠).

فَيَنتَفِي القَطعُ لِلشُّبهَةِ فَيَصِيرُ مُحَرَّمًا حَقًّا لِلشَّرعِ كَالمَيتَةِ وَلَا ضَمَانَ فِيهِ، إِلَّا أَنَّ العِصمَةَ لَا يَظهَرُ سُقُوطُهَا فِي حَقِّ الِاستِهلَاكِ، لِأَنَّهُ فِعلٌ آخَرُ غَيرِ السَّرِقَةِ وَلَا ضَرُورَةَ فِي حَقِّهِ، وَكَذَا الشُّبهَةُ تُعتَبَرُ فِيمَا هُوَ السَّبَبُ دُونَ غَيرِهِ.

وَوَجهُ المَشهُورِ: أَنَّ الِاستِهلَاكَ إِتمَامُ المَقصُودِ فَتُعتَبَرُ الشُّبهَةُ فِيهِ، وَكَذَا يَظهَرُ سُقُوطُ العِصمَةِ فِي حَقِّ الضَّمَانِ، لِأَنَّهُ مِن ضَرُورَاتِ سُقُوطِهَا فِي حَقِّ الهَلَاكِ لِانتِفَاءِ المُمَاثَلَةِ.

قلنا: ينتقل قبل السرقة متصلا بالسرقة شرطًا؛ لضرورة الجناية على حق الله تعالى، وضرورة استيفاء القطع الذي هو حق الله كما يثبت الملك في قوله: أعتِقْ عبدكَ عني بألفٍ فقال: أعتقتُ ضرورة صحة العتق كما في مسألة استيلاد الأب جارية الابن فإن ما يجب لله تعالى فتمامه [٦٠١/ب] بالاستيفاء كما بينا فكان حكم الأخذ مراعى إلى أن يستوفى به القطع؛ فحينئذ يتبين أن حرمته في ذلك الفعل كان لله تعالى فلا يجب الضمان للعبد، إليه أشير في المبسوط[١] وكشف الأسرار لأبي جعفر.

وقوله: (**إلا أن العصمة...**) إلى آخره وجه رواية الحسن؛ أنه يجب في الاستهلاك. (**لأنه**)؛ أي (**الاستهلاك فعل آخر**).

(**ولا ضرورة في حقه**)؛ أي في حق فعل آخر. (**وكذا الشبهة**)؛ أي شبهة الإباحة عند بقاء حق العبد كما ذكر في المتن: (**تعتبر فيما هو السبب**)؛ أي سبب القطع، وهو السرقة دون غيره وهو الاستهلاك.

قوله: (**إِتْمَامُ الْمَقْصُودِ**)؛ أي بالسرقة إذ السرقة للانتفاع، والانتفاع بالاستهلاك فكما لا تبقى العصمة في فعل السرقة؛ دفعا للشبهة لا يبقى فيما كان إتماما للمقصود بالسرقة.

قوله: (**وَكَذَا يَظْهَرُ سُقُوطُ الْعِصْمَةِ فِي حَقِّ الضَّمَانِ**)، في فصل الاستهلاك؛ لأن سقوط العصمة هنا (**من ضرورات سقوط العصمة**) في فصل الاستهلاك (**لانتفاء المماثلة**) بين المال المسروق وبين الضمان مال معصوم حقًّا للعبد في

---

(١) المبسوط لابن قدامة (٩/ ١٥٧).

قَالَ: (وَمَن سَرَقَ سَرِقَات فَقُطِعَ فِي إحدَاهَا فَهُوَ لِجَمِيعِهَا، وَلَا يَضمَنُ شَيئًا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالَا: يَضمَنُ كُلَّهَا إلَّا الَّتِي قُطِعَ لَهَا)(*) وَمَعنَى المَسأَلَةِ: إذَا حَضَرَ

حالتي الهلاك والاستهلاك، والمال المسروق معصوم حقًّا له في حال الاستهلاك فقط؛ فإذا انتفت المماثلة انتفى الضمان؛ لأن الضمان لِلعدوان مشروط بالنص.

ولهذا لا يجب الضمان عندنا بمقابلة استهلاك المنافع بالغصب؛ لانتفاء المماثلة بخلاف شرب الخمر يلزمه؛ فإن الحد ما يجعل هناك جزاء حرمة مال متقوَّم لغيره بدليل أنه لو شرب خمر نفسه يحد مع أنها غير متقوم؛ بل من حيث إنها جناية على عقله حرمه الله، وجعل الحرمة لنفسه وضمان الجناية باعتبار أنه جنى على مال متقوَّم للذمي فكانا حرمتين، وكذا قتل صيد مملوك في الإحرام زيادة على الإحرام فيوجب الكفارة وجناية على ملك الغير فيوجب الضمان، ولا كذلك هاهنا فإن الجناية على حق الله في حق القطع كذا في الأسرار والمبسوط[1].

وفي المبسوط[2]: روى هشام عن محمد: يسقط الضمان على السارق قضاء؛ لتعذر الحكم بالمماثلة، فأما ديانةً: يبقى بالضمان للحوق الخسران والنقصان للمالك من جهة السارق.

وفي الإيضاح[3]: قال أبو حنيفة: لا يحل للسارق أن ينتفع به بوجه من الوجوه؛ لأن الثوب على ملك المسروق منه، وكذا لو خاطه قميصا لا يحل له الانتفاع به؛ لأنه ملكه بوجه محظور وقد تعذر إيجاب القضاء به ولا يحل الانتفاع، كمن دخل دار الحرب بأمان، وأخذ شيئا من أموالهم لم يلزمه الرد قضاء ويلزمه ديانة؛ لأن كل فعل انعقد سببا؛ لوجوب الضمان وتعذر إيجاب الضمان بعارض ظهر أثره في حق الحكم، أما ديانة يعتبر قضية السبب.

قوله: (فهو)؛ أي القطع لجميع السرقات بالاتفاق؛ لأن القطع يتداخل بالإجماع وبه قال أحمد والشافعي ومالك، وبينّا بينهم الخلاف في الضمان.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٩/ ١٥٧- ١٥٨).

(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٩/ ١٥٨).

(٣) ينظر: الدر المختار (٤/ ١١٠).

أَحَدُهُم، فَإِن حَضَرُوا جَمِيعًا وَقُطِعَت يَدُهُ لِخُصُومَتِهِم لَا يَضمَنُ شَيئًا بِالِاتِّفَاقِ فِي السَّرِقَاتِ كُلِّهَا. لَهُمَا: أَنَّ الحَاضِرَ لَيسَ بِنَائِبٍ عَنِ الغَائِبِ. وَلَا بُدَّ مِنَ الخُصُومَةِ لِتَظهَرَ السَّرِقَةُ فَلَم تَظهَر السَّرِقَةُ مِنَ الغَائِبَينِ فَلَم يَقَع القَطعُ لَهَا فَبَقِيَت أَموَالُهُم مَعصُومَة. وَلَهُ: أَنَّ الوَاجِبَ بِالكُلِّ قَطعٌ وَاحِدٌ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى، لِأَنَّ مَبنَى الحُدُودِ عَلَى التَّدَاخُلِ، وَالخُصُومَةُ شَرطٌ لِلظُّهُورِ عِندَ القَاضِي، فَإِذَا استَوفَى فَالمُستَوفَى كُلُّ الوَاجِبِ؛ أَلَا يَرَى أَنَّهُ يَرجِعُ نَفعُهُ إِلَى الكُلِّ فَيَقَعُ عَنِ الكُلِّ، وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ، إِذَا كَانَت النُّصُبُ كُلُّهَا لِوَاحِد فَخَاصَمَ فِي البَعضِ، وَاللَّهُ تَعَالَى أَعلَمُ.

قوله: (إن الحاضر ليس بنائب عن الغائب) حتى تجعل خصومته لخصومتهم، ولهذا لو حضروا، وادعوا السرقة لا يأخذون أموالهم من السراق، وإن كانت قائمة في أيديهم قبل إقامة البينة فلو وجب الضمان عليه، لا يجتمع قطع وضمان.

(وله)؛ أي لأبي حنيفة (أن الواجب قطع واحد...) إلى آخره يعني لما وقع القطع عن الكل سقط ضمان الكل كما لو خاصموا جميعا،، وذلك لأن القطع الواحد عند تقدم أسبابه يقع عن الكل؛ إذ لا رجحان للبعض على البعض، وكل السرقات ثابتة في علم الله تعالى إلا أن القاضي لا علم له بسائر السرقات؛ فظن القطع بإزاء الواحدة فإذا ثبتت السرقات الثابتة بالبينة، بان له أن القطع بإزاء الكل.

(والخصومة شرط لظهورها) لا لوجوبها فإذا خاصم واحد وأقام بينة، صح التكليف للقاضي بالقطع، والمستوفى يصلح للكل؛ إذ الكل واجب في الحقيقة؛ فيقع عن الكل بعود نفعه إلى الكل.

فإن قيل: الخصومة شرط ليصير الخصم باذلًا للمال؛ إذ لا يصح البذل من واحد عن الكل.

قلنا: بذل المال لسقوط عصمته أمر شرعي ثبت بناء على استيفاء القطع لا باختيار العبد، ألا ترى أنه يستوفي بخصومته من ملك البدل ومن لا يملك كالأب والوصي.

بَابُ مَا يُحدِثُ السَّارِقُ فِي السَّرِقَةِ

(وَمَن سَرَقَ ثَوبًا فَشَقَّهُ فِي الدَّارِ نِصفَينِ ثُمَّ أَخرَجَهُ وَهُوَ يُسَاوِي عَشَرَةُ دَرَاهِمَ قُطِعَ) وَعَن أَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ لَا يُقطَعُ(*)، لِأَنَّ لَهُ فِيهِ سَبَبَ المِلكِ وَهُوَ الخَرقُ الفَاحِشُ، فَإِنَّهُ يُوجِبُ القِيمَةَ وَتَمَلُّكَ المَضمُونِ وَصَارَ كَالمُشتَرِي إِذَا سَرَقَ مَبِيعا فِيهِ خِيَارٌ لِلبَائِعِ وَلَهُمَا: أَنَّ الأَخذَ وُضِعَ سَبَبًا لِلضَّمَانِ لَا لِلمِلكِ، وَإِنَّمَا المِلكُ يُثبِتُ ضَرُورَةَ أَدَاءِ الضَّمَانِ كَي لَا يَجتَمِعَ البَدَلَانِ فِي مِلك وَاحِد، وَمِثلُهُ لَا يُوَرِّثُ الشُّبهَةَ كَنَفسِ الأَخذِ،

باب ما يحدث للسارق من السرقة

لما ذكر أحكام السرقة وكيفية القطع شرع فيما يسقط القطع بسبب إحداث شيء يصنعه وقيد بقوله: (في الدار)؛ لأنه لو شقه خارج الدار يقطع بالإجماع سواء بلغت قيمته نصابا أو لا، ولا خلاف فيه للأئمة الثلاثة، وكذا لو بلغت قيمته نصابا بعد الشق في البيت.

قوله: (وهو)؛ أي الثوب [٦٠٢/أ] **(يساوي عشرة)**؛ أي بعد الشق قائمًا قيد به؛ لأنه لو لم يُساوِ عشرة بعد الشق لا يجب القطع بالاتفاق.

قوله: **(لأن له)**؛ أي للسارق (فيه)؛ أي للثوب سبب الملك؛ إذ لو لم ينعقد له سبب المالك لما وجب التمليك.

يُكرَه من السارق إذا شاء المالك التضمين وقد يجب. ذكره في الأسرار.

(فيه)؛ أي في المبيع خيار للبائع ثم فسخ البائع البيع فإنه لا يقطع بالاتفاق كذا هاهنا، والجامع كون السرقة تمت على عين غير مملوك للسارق، ولكن ورد عليه سبب الملك.

(وَلَهُمَا أَنَّ الْأَخْذَ وُضِعَ سَبَبًا لِلضَّمَانِ)؛ لأنه عدوان محض، ولم يعتبر الأخذ شبهة فكذا الشق؛ يعني الشق ليس بسبب **(للملك)** حقيقة ولا شرعا كالأخذ؛ لأنه عدوان محض، وإنما صار سببا إذا اختار المالك التضمين فيثبت الملك ضرورة؛ إذ الضمان **(ومثله لا يورث الشبهة كالأخذ)**؛ فإنه يحتمل أيضًا أن يصير سببًا عند أداء الضمان كالشق، إليه أشار في الأسرار والمبسوط[1].

(*) الراجح: قول أبي حنيفة ومحمد.

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٩/ ١٦٤).

وَكَمَا إِذَا سَرَقَ البَائِعُ مَعِيبًا بَاعَهُ، بِخِلَافِ مَا ذَكَرَ؛ لِأَنَّ البَيعَ مَوضُوعٌ لِإِفَادَةِ المِلكِ، وَهَذَا الخِلَافُ فِيمَا إِذَا اختَارَ تَضمِينَ النُّقصَانِ وَأَخذَ الثَّوبِ، فَإِن اختَارَ تَضمِينَ القِيمَةِ وَتَرْكَ الثَّوبِ عَلَيهِ لَا يُقطَعُ بِالِاتِّفَاقِ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ مُستَنِدًا إِلَى وَقتِ الأَخذِ،

(**وهذا الخلاف**)؛ أي الخلاف بين أبي يوسف وبينهما.

وفي جامع قاضي خان: إن كان الشق يسيرا يقطع بالاتفاق لعدم سبب الملك؛ إذ ليس للمالك تضمينه؛ لأن له تضمين النقصان، وإن كان فاحشا يخير المالك بين التضمين وأخذ قيمته، وبين أخذ الثوب فإن اختار أخذه يقطع عندهما خلافا لأبي يوسف، وإن اختار أخذ القيمة لا يقطع بالاتفاق.

(**لأنه مَلَكَه مستندًا إلى وقت الأخذ**)، وذكر ابن سماعة الخلاف على عكس هذا والأول أصح.

فإن قيل: لو ضمن النقصان في صورة الشق اليسير، ويجب القطع بالاتفاق يجتمع القطع مع الضمان.

قلنا: إنما لا يجتمعان؛ كيلا يؤدي إلى الجمع بين جزاء الفعل وبدل المحل في جناية واحدة، وهنا لا يؤدي إليه؛ لأن القطع يجب بالسرقة وضمان النقصان بالخرق، والخرق ليس من السرقة كذا في الكافي[1].

ويشكل على هذا الجواب الاستهلاك على ظاهر الرواية؛ فإنه فعل غير السرقة مع أنه لا يجب الضمان؛ لما أن عصمة المسروق تسقط بالقطع فكذا هاهنا عصمته تسقط بالقطع؛ فينبغي ألا يجب ضمان النقصان.

في الخبازية[2]: وفي الصحيح: ألا يضمن النقصان؛ كيلا يجتمع القطع مع الضمان، ولأنه لو ضمن النقصان يملك ما ضمنه فيكون هذا الثوب كالثوب المشترك بينهما؛ فلا يجب القطع ويجب بالإجماع.

قال التمرتاشي: روي في الإتلاف ألا يكون النقصان أكثر من نصف القيمة.

وقيل: نقصان الفاحش أن ينقص بالخرق ربع القيمة فصاعدا وما دونه يسير، وقيل: ما لا يصح للباقي لثوب ما فهو فاحش وما يصلح، والصحيح؛ أن الفاحش ما يفوت به بعض العين وبعض المنفعة، واليسير؛ ما يفوت به شيء من المنفعة.

---

(١) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للفخر الزيلعي (٣/ ٢٣٣).

(٢) ينظر: الدر المختار لابن عابدين (٤/ ١١١).

فَصَارَ كَمَا إِذَا مَلَكَهُ بِالهِبَةِ فَأَورَثَ شُبهَة، وَهَذَا كُلُّهُ إِذَا كَانَ النُّقصَانُ فَاحِشًا، فَإِن كَانَ يَسِيرًا يُقطَعُ بِالِاتِّفَاقِ لِانعِدَامِ سَبَبِ المِلكِ، إِذ لَيسَ لَهُ اختِيَارُ تَضمِينِ كُلِّ القِيمَةِ (وَإِن سَرَقَ شَاة فَذَبَحَهَا، ثُمَّ أَخرَجَهَا لَم يُقطَع) لِأَنَّ السَّرِقَةَ تَمَّت عَلَى اللَّحمِ وَلَا قَطعَ فِيهِ (وَمَن سَرَقَ ذَهَبًا أَو فِضَّة يَجِبُ فِيهِ القَطعُ فَصَنَعَهُ دَرَاهِمَ أَو دَنَانِيرَ قُطِعَ فِيهِ وَتُرَدُّ الدَّرَاهِمُ وَالدَّنَانِيرُ إِلَى المَسرُوقِ مِنهُ، وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: لَا سَبِيلَ لِلمَسرُوقِ مِنهُ عَلَيهِمَا)(*) وَأَصلُهُ فِي الغَصبِ فَهَذِهِ صَنعَةٌ مُتَقَوَّمَةٌ عِندَهُمَا خِلَافًا لَهُ، ثُمَّ وُجُوبُ الحَدِّ لَا يُشكِلُ عَلَى قَولِهِ، لِأَنَّهُ لَم يَملِكهُ، وَقِيلَ عَلَى قَولِهِمَا لَا يَجِبُ، لِأَنَّهُ مَلَكَهُ قَبلَ القَطعِ، وَقِيلَ يَجِبُ؛ لِأَنَّهُ صَارَ بِالصَّنعَةِ شَيئًا آخَرَ فَلَم يَملِك عَينَهُ (فَإِن سَرَقَ ثَوبًا فَصَبغَهُ أَحمَرَ، قُطِعَ فيه لَم يُؤخَذ مِنهُ الثَّوبُ وَلَم يَضمَن قِيمَةَ الثَّوبِ، وَهَذَا

قوله: (فَذَبَحَهَا ثُمَّ أَخْرَجَهَا لَمْ يُقْطَعْ) باتفاق علمائنا.

وقالت الأئمة الثلاثة: إن بلغ اللحم النصاب يقطع؛ لأن السرقة تمت على ملك الغير. وقلنا: لا قطع في اللحم؛ لأنه مما يتسارع إليه الفساد كما بينا.

وقوله: (يجب فيه القطع) من تمام صورة المسألة وجوابها قطع قوله فيه.

(وهذا عند أبي حنيفة)؛ أي القطع عنده، وبه قالت الأئمة الثلاثة.

قوله: (وأصله)؛ أي أصل الخلاف (في الغصب) أن بهذه الصفة لا ينقطع حق المالك في الغصب عنده خلافًا لهما فكذا في السرقة.

وجه قولهما؛ أن هذه صنعة مبدلة العين بمنزلة صنعة الحديد والنحاس والصفر من غير تفرقة بينهما.

وله؛ أن هذه الصنعة في الذهب والفضة غير متقومة حتى لا ينقطع بها حكم الربا فكانت الصنعة موجودة من وجه دون وجه، أما الذهب والفضة موجودة من كل وجه مع أن هذه الصنعة غير موجودة شرعا فلا تعتبر؛ بخلاف الحديد والنحاس فإن الصنعة فيها متقومة عرفا وشرعا كذا في جامع البزدوي.

وقيل: يقطع عندهما أيضًا؛ لأنه صار بصنعته شيئاً آخر عندهما.

قوله: (فَصَبَغَهُ أَحْمَرَ) يقطع بإجماع العلماء، وبعد القطع (لم يؤخذ منه الثوب ولم يضمن) عندهما.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يُؤخَذُ مِنهُ الثَّوبُ وَيُعطَى مَا زَادَ الصَّبغُ فِيهِ)(*) اعتِبَارًا بِالغَصبِ، وَالجَامِعُ بَينَهُمَا كَونُ الثَّوبِ أَصلًا قَائِما وَكَونُ الصَّبغِ تَابِعًا. وَلَهُمَا: أَنَّ الصَّبغَ قَائِمٌ صُورَة وَمَعنى، حَتَّى لَو أَرَادَ أَخذَهُ مَصبُوغًا يَضمَنُ مَا زَادَ الصَّبغُ فِيهِ، وَحَقُّ المَالِكِ فِي الثَّوبِ قَائِمٌ صُورَة لَا مَعنى؛ أَلَّا تَرَى أَنَّهُ غَيرُ مَضمُون عَلَى السَّارِقِ بِالهَلَاكِ فَرَجَّحنَا جَانِبَ السَّارِقِ، بِخِلَافِ الغَصبِ، لِأَنَّ حَقَّ كُلٍّ وَاحِد مِنهُمَا قَائِمٌ صُورَة وَمَعنى، فَاستَوَيَا مِن هَذَا الوَجهِ، فَرَجَّحنَا جَانِبَ المَالِكِ بِمَا ذَكَرنَا (وَإِن صَبَغَهُ أَسوَدَ أُخِذَ مِنهُ فِي المَذهَبَينِ) يَعنِي عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّد، وَعِندَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ هَذَا وَالأَوَّلُ سَوَاءٌ(**)، لِأَنَّ السَّوَادَ زِيَادَةٌ عِندَهُ كَالحُمرَةِ، وَعِندَ مُحَمَّد زِيَادَةٌ أَيضًا كَالحُمرَةِ وَلَكِنَّهُ لَا يَقطَعُ حَقَّ المَالِكِ، وَعِندَ أَبِي حَنِيفَةَ السَّوَادُ نُقصَانٌ فَلَا يُوجِبُ انقِطَاعَ حَقِّ المَالِكِ.

وقال محمد: يؤخذ الثوب منه وبه قالت الأئمة الثلاثة **(ويعطى ما زاد الصبغ فيه)** اعتبارا بالغصب؛ فإنه لو غصب ثوبا وصبغه أحمر لا ينقطع به حق المالك في الاسترداد فكذا من السارق؛ لأن الثوب أصل والصبغ تابع.

قوله: (قَائِمٌ صُورَةً) وهي ظاهرة (ومعنى)؛ أي من حيث القيمة فإن المالك لو أخذ المصبوغ يجب عليه قيمة الصبغ .**(وحق المالك قائم صورة لا معنى)** حتى لو هلك أو استُهلِك عند السارق لا يضمن؛ فكان حق السارق [٦٠٢/ب] أحق بالترجيح، كالموهوب إذا صُبِغَ ينقطع حق الواهب في الرجوع لما ذكرنا.

قوله: **(لما ذكرنا)**؛ إشارة إلى قوله: **(أن الثوب أصل والصبغ تبع)**.

قوله: **(أخذ منه)**؛ أي في مذهب أبي حنيفة ومحمد لما أن السواد عند أبي حنيفة نقصان، وإذا انتقص المسروق عند السارق لا ينقطع حق المالك بالاتفاق، ومحمد مر على أصله، وأبو يوسف أيضًا؛ لأن عنده السواد كالحمرة فيوجب الزيادة؛ فلا سبيل له عليه.

(*) الراجح: قول الشيخين.

(**) الراجح: قول أبي حنيفة ومحمد.

بَابُ قَطعِ الطَّرِيقِ

باب قطع الطريق

قدَّم السرقة الصغرى على الكبرى لما أن التَّرقّي يكون من الأصغر إلى الأكبر ولأن الصغرى أكثر وقوعًا من الكبرى فقُدِّم لما أن الكبرى في الغالب في السفر فكان قليل الوقوع وأيضًا يتأخر بيانه.

وفي المحيط: سمى قطع الطريق السرقة الكبرى؛ لأن ضرره[١] على أصحاب الأموال، وعلى عامة المسلمين بانقطاع الطريق، أما الصغرى تختص بالمـلّاك ولهذا غلظ الحد في حقه.

ثم اعلم أن لقطع الطريق شرائط:

أحدها: أن يكون لهم شوكة وقوة بحيث لا يمكن للمارّة المقاومة معهم وقطعوا الطريق سواء كان معهم بالسلاح أو بالعصا الكبير أو الحجر وغيرها.

والثاني: أن يكون ذلك خارج المصر بعيدًا عنه أما في المصر أو بقرب منه أو بين قريتين لا يكون قطع الطريق خلافًا لأبي يوسف والشافعي ومالك وأحمد توقف في ذلك، وفي الحلية عن مالك في المصر روايتان.

والثالث: أن يكون في دار الإسلام.

والرابع: أن يكون المأخوذ قدر النصاب، وبه قال الشافعي وأحمد، وقال مالك وأبو ثور وابن المنذر: لا يعتبر النصاب لعموم الآية.

ولنا قوله عليه السلام: «**لا قطعَ في أقلّ مِنْ عشرةِ دراهمٍ أو ربعِ دينارٍ**»[٢] ولم يُفصِّل، وأن يكون القُطّاع كلهم أجانب في حق أصحابِ الأموال، ومن أهل وجوب القطع حتى إذا كان ذا رحم مُحرّم منهم أو صبيًّا أو مجنونًا لا يجب عليهم القطع خلافًا لأبي يوسف والأئمة الثلاثة.

وإذا كانت فيهم امرأة ففيه روايتان في رواية تقطع وبه قالت الأئمة الثلاثة، والأصح أنها لا تقطع.

---

(١) في الأصل: (ضرورة)، والمثبت من النسخة الثانية.

(٢) تقدم تخريجه قريبًا.

قَالَ: (وَإِذَا خَرَجَ جَمَاعَةٌ مُمتَنِعِينَ، أَو وَاحِدٌ يَقدِرُ عَلَى الِامتِنَاعِ فَقَصَدُوا قَطعَ الطَّرِيقِ فَأُخِذُوا قَبلَ أَن يَأخُذُوا مَالًا وَيَقتُلُوا نَفسًا، حَبَسَهُم الإِمَامُ حَتَّى يُحدِثُوا تَوبَة، وَإِن أَخَذُوا مَالَ مُسلِم أَو ذِمِّيٍّ، وَالمَأخُوذُ إِذَا قُسِّمَ عَلَى جَمَاعَتِهِم أَصَابَ كُلُّ وَاحِد مِنهُم عَشَرَةَ دَرَاهِمَ فَصَاعِدًا، أَو مَا تَبلُغُ قِيمَتُهُ ذَلِكَ، قَطَعَ الإِمَامُ أَيدِيَهُم وَأَرجُلَهُم مِن خِلَاف، وَإِن قَتَلُوا وَلَم يَأخُذُوا مَالا قَتَلَهُم الإِمَامُ حَدًّا) وَالأَصلُ فِيهِ قَوله تَعَالَى: ﴿إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ﴾ [المائدة: ٣٣] الآيَةَ.

وَالمُرَادُ مِنهُ وَاللَّهُ أَعلَمُ: التَّوزِيعُ عَلَى الأَحوَالِ، وَهِيَ أَربَعَةٌ: هَذِهِ الثَّلَاثَةُ

والخامس: إن أُخِذوا قبل التوبة حتى لو أُخِذوا بعد التوبة، ورد المال سقط عنهم الحد لا خلاف فيه، ولكن لا يسقط القصاص وضمان المال القائم والهالك كما يجيء.

قوله: (والأصل فيه قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ﴾ [المائدة:٣٣]): أي أولياء الله على حذف المضاف؛ لأن أحدًا لا يحارب الله، ولأن المسافر في البراري في أمان الله وحفظه متوكِّلًا عليه فالمُعترِض له، كأنه يحارب الله تعالى.

قوله: (والمراد منه)؛ أي من قوله تعالى التوزيع على الأحوال وبه قال الشافعي والليث وإسحاق وحماد وقتادة وأبو مجلز وأصحاب أحمد، ومثل هذا روي عن ابن عباس.

وقال ابن المسيب وعطاء ومجاهد والحسن والضحاك والنخعي وأبو ثور وداود: الإمام مخير فيه لظاهر النص.

وعن ابن عباس: ما كان في القرآن أو فصاحبه بالخيار.

وقال مالك: الإمام إذا رأى القاطع جَلْدًا ذَا رَأْيٍ قَتَلَهُ، وإن كان جَلْدًا لَا رَأْيَ لَهُ قَطَعَهُ، ولم يَعْتَبِر[1] فعله.

ولنا قوله عليه السلام: «**من أَخَذَ المالَ قُطِعْ، ومَنْ قَتَل قُتِلْ، ومن أَخَذَ المالَ وَقَتَلَ صُلِبْ**»[2]، ولأن هذه الأحوال ذكرت على سبيل المقابلة

---

(١) في الأصل: (يصير)، والمثبت من النسخة الثانية.

(٢) أخرجه الخرائطي في مكارم الأخلاق (١٠٧٩) من قول ابن عباس رضي الله عنهما.

الـمَـذكُورَةُ، وَالرَّابِعَةُ نَذكُرُهَا إن شَاءَ اللَّهِ تَعَالَى، وَلِأَنَّ الجِنَايَاتِ تَتَفَاوَتُ عَلَى الأَحوَالِ فَاللَّائِقُ تَغَلُّظُ الحُكمِ بِتَغَلُّظِهَا. أَمَّا الحَبسُ فِي الأُولَى فَلِأَنَّهُ المُرَادُ بِالنَّفيِ

والمجازية، وهي معلومة بأنواعها عادة بتخويف أو أخذ مال أو قتل أو قتل وأخذ، فاستغنى عن بيانها، واكتفى بإطلاقها بدلالة أنواع الجزاء بمقابلة أنواع المحاربة.

والمسألة مستقصاة في الأصول؛ إذ يستحيل أن يعاقب بأخف الأنواع عند غلظ الجناية، وبأغلظها عند أخفها، والأحوال أربعة والأجزية كذلك كذا في الكافي[١].

وذكر التمرتاشي[٢]: والأحوال خمس:

تخويف لا غير وهنا عزروا أدنى التعزير وحبسوا حتى يتوبوا.

والثانية: أخذ المال فهاهنا إذا تابوا قبل الأخذ سقط الحد وضمنوا المال قائمًا وهالكًا، ولو أُخِذوا قبل التوبة قطعت أيديهم وأرجلهم من خلاف، يعني اليد اليمنى والرجل اليسرى، ورَدّوا المال القائم فلم يضمنوا الهالك عندنا خلافا للأئمة الثلاثة.

والثالثة: جَرَحُوا لا غير، وفيه القصاص فيما يجري فيه القصاص والأرش فيما لا، والاستيفاء إلى صاحب الحق.

والرابعة: أخذوا المال وجَرَحوا يقطع من خلاف، وبطل حكم الجراحات [٦٠٣/أ] عندنا خلافا للأئمة الثلاثة؛ لأن حكم ما دون النفس حكم المال فسقط الضمان.

والخامسة: أخذوا المال وقتلوا أو قتلَ أحدُهم رجلًا بسلاح أو غيره؛ فالإمام هنا مخير على ما ذكره في المتن.

قوله: (أما الحبس بالأولى)؛ أي الحالة الأولى وبه قال الشافعي.

وقال النخعي وقتادة وعطاء وأحمد: النفي وتشريدهم عن الأمصار؛ لأن

---

(١) انظر: البناية شرح الهداية للعيني (٧/ ٨٢).

(٢) انظر: البناية شرح الهداية للعيني (٧/ ٨٢).

المَذكُورِ، لِأَنَّهُ نَفيٌ عَن وَجهِ الأَرضِ بِدَفعِ شَرِّهِم عَن أَهلِهَا، وَيُعَزَّرُونَ أَيضًا لِمُبَاشَرَتِهِم مُنكَرَ الإِخَافَةِ. وَشَرطُ القُدرَةِ عَلَى الِامتِنَاعِ؛ لِأَنَّ المُحَارَبَةَ لَا تَتَحَقَّقُ إِلَّا بِالمَنَعَةِ. وَالحَالَةُ الثَّانِيَةُ كَمَا بَيَّنَّاهَا لِمَا تَلَونَاهُ. وَشَرَطَ أَن يَكُونَ المَأخُوذُ مَالَ مُسلِمٍ أَو ذِمِّيٍّ لِتَكُونَ العِصمَةُ مُؤَبَّدَة، وَلِهَذَا لَو قَطَعَ الطَّرِيقَ عَلَى المُستَأمَنِ لَا يَجِبُ القَطعُ.

النفي يستعمل في الطرد والإبعاد والحبس ينافيه، ويروى نحو هذا عن الحسن والزهري.

وعن ابن عباس؛ أنه ينفى من بلده إلى بلد غيره، وبه قال طائفة من أهل العلم.

وقال مالك: يحبس في البلد الذي ينفى إليه كقوله في الزاني، وبه قال ابن شريح[١] من أصحاب الشافعي؛ لأن تشريدهم بدون الحبس إخراج لهم إلى مكان يقطعون الطريق ويؤذون الناس.

وقلنا: ظاهر الآية يدل على النفي من وجه الأرض، ولا يمكن أن ينفى من جميع وجه الأرض؛ لأن ذا لا يتحقق ما دام حيًّا، أو المراد عن بلده، وهو بعضها، وبه لا يحصل المقصود وهو أذاه عن الناس[٢]، أو دار الإسلام إلى دار الحرب، وفيه تعريضه على الردة وصيرورته حربيًّا لنا فعلم أن المراد بنفيه عن جميع الأرض بدفع شره إلا مكان الحبس إذ المحبوس يسمى خارجا من الدنيا.

قال الشاعر: [البحر الطويل]

خَرَجْنا من الدنُّيا ونَحْنُ مِنَ أهْلِها ... فَلَسْنا مِنَ الأَحْيَاء فيها ولا المَوْتَى
إذا جَاءنا السَّجَّان يَومًا لِحاجَةٍ ... عَجِبْنا وقُلْنا جاء هَذَا مِنَ الدُّنيا[٣]

وما قاله مالك من الحبس في بلد النفي فلا فائدة فيه؛ لأنه لما كان المقصود دفع شرهم وذلك بالحبس فلا يتفاوت الحبس في أي موضع كان، ولهذا لو قطع الطريق على المستأمن لا يجب القطع؛ لأن العصمة في مال

---

(١) كذا وقع في الأصول الخطية (شريح) بالشين المعجمة، والحاء المهملة، وصوابه: (ابن سريج) بالسين المهملة، والجيم المعجمة، وهو أبو العباس أحمد بن عمر بن سُريج الشافعي.
(٢) كذا في الأصول الخطية، ولعل صوابها: (وهو دفع أذاه).
(٣) ذكره الجاحظ في المحاسن والأضداد (ص: ٧١).

وَشَرطُ كَمَالِ النِّصَابِ فِي حَقِّ كُلِّ وَاحِد كَي لَا يُستَبَاحَ طَرَفُهُ إِلَّا بِتَنَاوُلِهِ مَالَهُ خَطَرٌ، وَالمُرَادُ قَطعُ اليَدِ اليُمنَى وَالرِّجلِ اليُسرَى كَي لَا يُؤَدِّيَ إِلَى تَفوِيتِ جِنسِ المَنفَعَةِ.

المستأمن غير مؤبدة فيكون السبب المبيح لماله، وهو كونه حربيا قائم، وإن تأخر ذلك إلى رجوعه إلى دار الحرب.

قوله: (في حق كل واحد)، وبه قال الشافعي وأحمد.

وعند مالك؛ لا يشترط النصاب كما لا يشترط الحرز وبه قال ابن المنذر وأبو ثور وقد بينا.

وقال الشافعي: في قول كقول مالك.

وفي شرح الوجيز: والمذهب المذكور المشهور الأول، ولأن قطع الطرفين فيها، وفي السرقة الصغرى قطع طرف، وفيها يشترط النصاب ففي قطع الطرفين أولى، والمراد قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى ولا خلاف لأهل العلم فيه، ولأن هذه الجناية لتفاحشها صارت كالسَّرقتين والحكم في السَّرقتين هكذا.

فإن قيل: ينبغي أن يكون نصاب كل واحد عشرين لأنه كالسّرقتين.

قلنا: تغلظ الحد هنا باعتبار تغلظ فعلهم بمحاربة الله ورسوله لا بكثرة المال[1].

قوله: (أي تفويت جنس المنفعة)، وبه قال أحمد في رواية.

وقال الشافعي في اليد الشلاء: في قطعها روايتان كما في السارق، ولو كانت يده اليمنى مقطوعة قطعت رجله اليسرى، ولو كانت يداه صحيحتين ورجله اليسرى مقطوعة قطعت يده اليمنى فقط، ولا خلاف فيه لأنه أي الحد حق الشرع فلا يدخله عفو، وعليه أجمع أهل العلم ذكره ابن قدامة في المغني[2].

وفي شرح الوجيز: قتل بمقابلة قتل، وفيه معنى الحد فلا يصح عفوه، ولكن ذكر في الكافي: وعند الشافعي الواجب قصاص؛ لأنه قتل بإزاء قتل، وهذا لا يدل على جواز العفو فإن أصحابه اختلفوا فيه فقالوا فيه: معنى الحد والقصاص، وخرَّجوا عليه مسائل، ولكن ما قال أحد منهم بجواز العفو.

---

(١) وقع تكرار في الأصل.

(٢) المغني لابن قدامة (٩/ ١٢٧).

وَالحَالَةُ الثَّالِثَةُ كَمَا بَيَّنَّاهَا لِمَا تَلَونَاهُ وَيُقتَلُونَ حَدًّا، حَتَّى لَو عَفَا الأَولِيَاءُ عَنهُم لَا يُلتَفَت إِلَى عَفوِهِم لِأَنَّهُ حَقُّ الشَّرعِ.

(وَ) الرَّابِعَةُ (إِذَا قَتَلُوا وَأَخذُو المَالَ فَالإِمَامُ بِالخِيَارِ: إِن شَاءَ قَطَعَ أَيدِيَهُم وَأَرجُلَهُم مِن خِلَاف وَقَتَلَهُم وَصَلَبَهُم، وَإِن شَاءَ قَتَلَهُم، وَإِن شَاءَ صَلَبَهُم، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَقْتُلُ أَو يَصْلُبُ وَلَا يُقطَعُ)(*) لِأَنَّهُ جِنَايَةٌ وَاحِدَةٌ فَلَا تُوجِبُ حَدَّينِ، وَلِأَنَّ مَا دُونَ النَّفسِ يَدخُلُ فِي النَّفسِ فِي بَابِ الحَدِّ كَحَدِّ السَّرِقَةِ وَالرَّجمِ. وَلَهُمَا: أَنَّ هَذِهِ عُقُوبَةٌ وَاحِدَةٌ تَغَلَّظَت لِتَغَلُّظِ سَبَبِهَا، وَهُوَ تَفوِيتُ الأَمنِ عَلَى التَّنَاهِي بِالقَتلِ وَأَخذِ

قوله: (وإن شاء قتلهم وقطعهم وصلبهم)، وفي جامع البزدوي: أو صلبهم وإن شاء قتلهم من غير قطع، وإن شاء صلبهم، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وبه قال أحمد في رواية.

قوله: (وقال محمد...) إلى آخره، وفي عامة الروايات من المباسيط وشروح الجامع أبو يوسف مع محمد وبه قال الشافعي وأحمد في رواية ومالك، إن كان ذا رأي؛ لأن القتل حد على حده، والقطع كذلك بالنص؛ فلا يجمع بينهما بجناية واحدة أعني قطع الطريق، ولأنه اجتمع عليه العقوبة في النفس، وما دونها حقا لله تعالى فيدخل ما دون النفس في النفس، كما لو اجتمع حد الشرب والسرقة والرجم فإنه يكتفى بالرجم، ويترك ما عداه.

ولأبي حنيفة؛ إن وجد موجب القطع، وهو أخذ المال وموجب القتل، وهو القتل فالكل حدٌّ واحدٌ؛ لاتحاد سببه، وإنما غلظ لتغليظ سببه، وهو قطع الطريق؛ لأن ما يقطع به [٦٠٣/ب] الطريق متفاوت فإذا تناهى تفويت الأمن بأخذ المال والقتل تغلّظ حكمه، وصار كقطع اليد والرجل فإنه حدان في الصغرى حدٌّ واحد في الكبرى، ولا تداخل في حدٍّ واحدٍ كجلدات الزنا، وإنما التداخل في الحدود.

ولا يلزم أن للإمام أن يقتله ويدع القطع فلو كان حدًّا واحدًا، ينبغي ألا يكون ترك أحدهما؛ لأنا نقول: ليس هذا من التداخل؛ بل باعتبار أنه ليس عليه رعاية الترتيب في أخذ حدٍّ واحدٍ؛ فله أن يبدأ بالقتل فإذا قتله لا يفيد القطع

(*) الراجح: قول الشيخين.

المَالِ، وَلِهَذَا كَانَ قَطعُ اليَدِ وَالرِّجلِ مَعا فِي الكُبرَى حَدًّا وَاحِدًا وَإِن كَانَا فِي الصُّغرَى حَدَّينِ، وَالتَّدَاخُلُ فِي الحُدُودِ لَا فِي حَدٍّ وَاحِد. ثُمَّ ذَكَرَ فِي الكِتَابِ: التَّخيِيرَ بَين الصَّلبِ وَتَركِهِ، وَهُوَ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ. وَعَن أَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ لَا يَترُكُهُ لِأَنَّهُ مَنصُوصٌ عَلَيهِ، وَالمَقصُودُ التَّشهِيرُ لِيَعتَبِرَ بِهِ غَيرُهُ. وَنَحنُ نَقُولُ أَصلُ التَّشهِيرِ بِالقَتلِ وَالمُبَالَغَةِ بِالصَّلبِ فَيُخَيَّرُ فِيهِ. ثُمَّ قَالَ: (وَيُصلَبُ حَيًّا وَيُبعَجُ بَطنُهُ بِرُمح إِلَى أَن يَمُوتَ) وَمِثلُهُ عَن الكَرخِيِّ. وَعَن الطَّحَاوِيِّ: أَنَّهُ يُقتَلُ ثُمَّ يُصلَبُ تَوَقِّيًا عَن المُثلَةِ.

وَجهُ الأَوَّلِ: وَهُوَ الأَصَحُّ: أَنَّ الصَّلبَ عَلَى هَذَا الوَجهِ أَبلَغُ فِي الرَّدعِ وَهُوَ

بعده، كالزاني إذا ضرب خمسين جلدة فمات ترك ما بقي؛ لأنه لا فائدة في إقامته كذا في المبسوط[1]، وجعل في الأسرار قول محمد أصح.

قوله: (وعن أبي يوسف أنه)؛ أي الإمام **(لا يتركُه الصلب لأنه)**؛ أي الصلب منصوص عليه وبه قال الشافعي وأحمد، ولأنه شرع حدًّا فلا يجوز تركه كالقتل وسائر الحدود.

وقلنا: إن معنى الزجر والتشهير يتم بالقتل، ولم ينقل أنه عليه السلام ولا غيره صلب أحدًا، ألا ترى أنه عليه السلام لم يفعله بالعرنيين كذا في المبسوط[2].

قوله: (وَعَنِ الطَّحَاوِيِّ أَنَّهُ يُقْتَلُ ثُمَّ يُصْلَبُ تَوَقِّيًا عَنِ الْمُثْلَةِ). وقد نهى النبي عليه السلام عن المثلة ولو بالكلب العقور[3] وبه قال الشافعي وأحمد لأن المقصود منه التشهير وذا يحصل بالصلب بعد القتل فلا حاجة إلى تعذيب الحيوان بلا فائدة.

قوله: (وجه الأول) وهو قول الكرخي أصحُّ لأن المقصود الزجر وإنما

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٩/ ١٩٦).

(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٩/ ١٩٦).

(٣) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير (١/ ٩٧ رقم ١٦٨) من حديث علي ﷺ قال الهيثمي في مجمع الزوائد (٦/ ٢٤٩ رقم ١٠٤٩٢): رواه الطبراني، وإسناده منقطع.
وبنحوه أخرجه أبو داود (٣/ ٥٣ رقم ٢٦٦٧) من حديث سمرة بن جندب وعمران بن حصين ﷺ. قال ابن حجر في الفتح (٧/ ٤٥٩): إسناد هذا الحديث قوي فإن هياجا بن عمران البصري وثقه بن سعد وبن حبان وبقية رجاله من رجال الصحيح.

المَقصُودُ بِهِ. قَالَ: (وَلَا يُصلَبُ أَكثَرَ مِن ثَلَاثَةِ أَيَّام) لِأَنَّهُ يَتَغَيَّرُ بَعدَهَا فَيَتَأَذَّى النَّاسُ بِهِ. وَعَن أَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ يُترَكُ عَلَى خَشَبَة حَتَّى يَتَقَطَّعَ فَيَسقُطَ لِيَعتَبِرَ بِهِ غَيرُهُ.

قُلنَا: حَصَلَ الِاعتِبَارُ بِمَا ذَكَرنَاهُ وَالنِّهَايَةُ غَيرُ مَطلُوبَة.

قَالَ: (وَإِذَا قَتَلَ القَاطِعُ فَلَا ضَمَانَ عَلَيهِ فِي مَال أَخَذَهُ) اعتِبَارًا بِالسَّرِقَةِ الصُّغرَى وَقَد بَيَّنَّاهُ (فَإِن بَاشَرَ القَتلَ أَحَدُهُم أُجرِيَ الحَدَّ عَلَيهِم بِأَجمَعِهِم) لِأَنَّهُ جَزَاءُ

يحصل بالحي لا للميت، وهذا يكفي في التشهير والردع ولأنه حد فيشرع في الحياة كسائر الحدود وبه قال مالك والليث والشافعي في قول والأوزاعي.

(البعج)؛ الشَّقُّ من حدِّ مَنَعَ.

قوله: (أكثر من ثلاثة أيام) وبه قال الشافعي في الأصح.

وعن أحمد؛ أنه لم يؤقت في الصلب. وقال أصحابه: الصحيح أنه يؤقت بما حصل به التشهير، والتوقيت بثلاثة أيام بغير دليل ذكره ابن قدامة في المغني[1].

وليس كذلك فإن التشهير لا يحصل بالزمان القليل عادة، فنعتبره بالثلاث كما في مدة الخيار ومهلة الرد وغيرهما.

قوله: (وعن أبي يوسف أنه يُترك إلى أن يتقطع) وبه قال الشافعي في وجه ليكون أبلغ في الاعتبار.

قلنا: حصل الاعتبار بما ذكرنا فلا يشترط نهايته، وفي الترك على هذا الوجه، يتغير ويتأذى الناس به.

قوله: (وقد بيناه)؛ أي الضمان مع الخلافات في السرقة الصغرى.

قوله: (أَجْرَى الْحَدَّ عَلَيْهِمْ بِأَجْمَعِهِمْ) وبه قال مالك وأحمد.

---

(١) المغني لابن قدامة (٩/ ١٤٨).

الْمُحَارَبَةِ، وَهِيَ تَتَحَقَّقُ بِأَن يَكُونَ البَعضُ رِدءًا لِلبَعضِ، حَتَّى إِذَا زَلَّت أَقدَامُهُم انحَازُوا إِلَيهِم، وَإِنَّمَا الشَّرطُ القَتلُ مِن وَاحِد مِنهُم وَقَد تَحَقَّقَ. قَالَ: (وَالقَتلُ وَإِن كَانَ بِعَصًا أَو بِحَجَرٍ أَو بِسَيفٍ فَهُوَ سَوَاءٌ) لِأَنَّهُ يَقَعُ قَطعًا لِلطَّرِيقِ بِقَطعِ المَارَّةِ (وَإِن لَم يَقتُل القَاطِعُ وَلَم يَأخُذ مَالًا، وَقَد جَرَحَ، أُقتُصَّ مِنهُ فِيمَا فِيهِ القِصَاصُ، وَأُخِذَ الأَرشُ مِنهُ فِيمَا فِيهِ الأَرشُ وَذَلِكَ إِلَى الأَولِيَاءِ) لِأَنَّهُ لَا حَدَّ فِي هَذِهِ الجِنَايَةِ فَظَهَرَ حَقُّ العَبدِ وَهُوَ مَا ذَكَرنَاهُ فَيَستَوفِيهِ الوَلِيُّ (وَإِن أَخَذَ مَالًا ثُمَّ جَرَحَ، قُطِعَت يَدُهُ وَرِجلُهُ وَبَطَلَت الجِرَاحَاتُ) لِأَنَّهُ لَمَّا وَجَبَ الحَدُّ حَقًّا لِلَّهِ سَقَطَت عِصمَةُ النَّفسِ حَقًّا لِلعَبدِ كَمَا تَسقُطُ عِصمَةُ المَالِ (وَإِن أُخِذَ بَعدَ مَا تَابَ وَقَد قَتَلَ عَمدًا، فَإِن شَاءَ الأَولِيَاءُ

وقال الشافعي: يحدُّ المباشِرُ لَا الرِّدْءُ؛ لأنه جزاء الفعل كحد الزنا فلا يجب على غير المباشر.

وقلنا: حد يتعلق بالمحاربة فيستوي فيه الرِّدءُ والمباشِرُ، كاستحقاق السهم في الغنيمة، والرِّدْءُ باشر السبب، وهو المحاربة، وقطع الطريق يكون هكذا عادة؛ بأن يباشر البعض ويترصد البعض للدفع فيحصل قطع الطريق بالكل؛ إذ لو اشتغل الكل بالقتال؛ لتعذر عليهم أخذ المال فيكون كلهم قاطع الطريق.

قوله: (**انحازوا**)؛ أي انضموا.

وفي الصحاح[1]: انحاز القوم؛ أي انضموا تركوا مركزهم إلى آخر.

قوله: (**فيستوفيه**)؛ أي القصاص (**الولي**) أو آخذ الأرش؛ لأنه ما جاء نص في حده، فصار كما لو كان الجرح في غير قطع، وبه قالت الأئمة الثلاثة.

قوله: (**فبطلت الجراحات كلها**)؛ لأنه لما أقيم الحد بطلت عصمة النفس والمال؛ لأن القطع مع الضمان يجتمعان عندهم وقد مر.

قوله: (**بَعْدَ مَا تَابَ**) ورد المال أيضًا، وبه صرح في المبسوط، ويسقط حد المحاربة بالنص قال تعالى: ﴿إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُواْ مِن قَبۡلِ أَن تَقۡدِرُواْ عَلَيۡهِمۡۖ﴾ الآية [المائدة: ٣٤]، ولا خلاف فيه.

وفي المبسوط[2] والمحيط: رد المال من تمام توبتهم لتنقطع به خصومة

---

(١) الصحاح للجوهري (٣/ ٨٧٦).
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٩/ ١٩٨).

قَتَلُوهُ وَإِن شَاؤُوا عَفَوا عَنهُ) لِأَنَّ الحَدَّ فِي هَذِهِ الجِنَايَةِ لَا يُقَامُ بَعدَ التَّوبَةِ لِلِاستِثنَاءِ المَذكُورِ فِي النَّصِّ، وَلِأَنَّ التَّوبَةَ تَتَوَقَّفُ عَلَى رَدِّ المَالِ وَلَا قَطعَ فِي مِثلِهِ، فَظَهَرَ حَقُّ

صاحب المال، وقد انقطعت خصومته برد المال إليه قبل ظهور الجريمة عند الإمام فيسقط الحد.

أما إذا تابوا ولم يردّوا المال، لم يذكره في الكتاب نصًّا فقد اختلف المتأخرون فيه.

قيل: لا يسقط الحد قاسه على سائر الحدود فإنها لا تسقط بنفس التوبة.

وقيل: يسقط وإليه أشار محمد في الأصل؛ لما أن التوبة مسقط للحد في السرقة الكبرى، للاستثناء في النص ولا استثناء في غيره، وسائر الحدود غير حد القذف لا يسقط بالتوبة عندنا ومالك وأحمد في رواية، والشافعي في قول.

وقال أحمد في رواية والشافعي في قول؛ سقط لقوله تعالى: [٦٠٤/أ] ﴿وَٱلَّذَانِ يَأْتِيَـٰنِهَا مِنكُمْ فَـَٔاذُوهُمَا ۖ فَإِن تَابَا وَأَصْلَحَا فَأَعْرِضُوا۟ عَنْهُمَآ ۗ﴾ [النساء:١٦] الآية، وقال تعالى في حد السرقة: ﴿فَمَن تَابَ مِنۢ بَعْدِ ظُلْمِهِۦ وَأَصْلَحَ فَإِنَّ ٱللَّهَ يَتُوبُ عَلَيْهِ ۗ﴾ [المائدة:٣٩]، وقال عليه السلام في ماعز لما أخبر بهربه: «**هلَّا تَركْتُموهُ يتوبُ فيَتوبُ اللهُ عليهِ**»[1]، ولأنه حق الله تعالى فيسقط بالتوبة كحد المحارب.

قلنا: قوله: ﴿فَٱجْلِدُوا۟﴾ [النور: ٢]، ﴿فَٱقْطَعُوٓا۟﴾ [المائدة: ٣٨] عام في التائب وغيره والنبي عليه السلام رجم ماعزًا والغامدية، وقطع الذي أقر بالسرقة، وقد جاؤوا تائبين يطلبون التطهير، وعلم النبي عليه السلام توبتهم فأقام الحد، ولأن الحد كفارة فلم يسقط بالتوبة ككفارة اليمين والقتل، ولأنه يقدر عليه كل أحد فينسد باب الحد.

وأما الآية منسوخة، وكان ذلك في بدء الإسلام كما ذكرنا. والآية الثانية تدل على أن بالحد لم يستحق المغفرة، وأما حد القطّاع فيسقط بالإجماع بالنص، ولم يجئ نص في غيره.

---

(١) أخرجه أبو داود (٤/ ١٤٥ رقم ٤٤١٩) من حديث هزال ﷺ، والترمذي (٣/ ٨٨ رقم ١٤٢٨) من حديث أبي هريرة ﷺ، وقال: هذا حديث حسن.

العَبدِ فِي النَّفسِ وَالمَالِ حَتَّى يَستَوفِيَ الوَلِيُّ القِصَاصَ أَو يَعفُوَ، وَيَجِبُ الضَّمَانُ إِذَا هَلَكَ فِي يَدِهِ أَو استَهلَكَهُ (وَإِن كَانَ مِن القُطَّاعِ صَبِيٌّ أَو مَجنُونٌ أَو ذُو رَحِمٍ مُحَرَّمٍ مِنَ المَقطُوعِ عَلَيهِ، سَقَطَ الحَدُّ عَن البَاقِينَ) فَالمَذكُورُ فِي الصَّبِيِّ وَالمَجنُونِ قَولُ أَبِي حَنِيفَةَ وَزُفَرَ(*) .

وَعَن أَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ لَو بَاشَرَ العُقَلَاءُ يُحَدُّ البَاقُونَ وَعَلَى هَذَا السَّرِقَةُ الصُّغرَى.

لَهُ: أَنَّ المُبَاشِرَ أَصلٌ، وَالرِّدءَ تَابِعٌ وَلَا خَلَلَ فِي مُبَاشَرَةِ العَاقِلِ وَلَا اعتِبَارَ بِالخَلَلِ فِي التَّبَعِ، وَفِي عَكسِهِ يَنعَكِسُ ....

قوله: (ويجب الضمان إذا هلك في يده...) إلى آخره.

فإن قيل: وجوب الضمان لسقوط الحد؛ لأن الضمان مع الحد لا يجتمعان، وسقوط الحد باعتبار التوبة، وقلتم والتوبة إنما تتم برد المال فكيف يتصور الهلاك والاستهلاك بعد الرد؟.

قلنا: نفرض المسألة في رد بعض المال، فكان رد البعض شبهة فيسقط الحد، ووجب الضمان في هلاك الباقي واستهلاكه.

قوله: (وعلى هذا السرقة الصغرى) إن وَلِيَ الصبي والمجنون إخراج المتاع سقط عنهم الحد، وإن ولي غيرهما قُطِعوا إلا **(الصبي والمجنون وذي الرحم)**؛ لأنها شبهة اختص بها واحد فلم يسقط الحد عن الباقين، كما لو اشتركوا في وطء امرأة.

وأبو يوسف يقول: **(المباشر أصل والردء تابع)** فإذا لم يجب على المباشر لا يجب على التبع، **(ولو باشر العقلاء)** البالغون لا يسقط عنهم؛ لأنه لا خلل في الأصل، وإنما الخلل في التابع، وسقوط الحد عن التبع لا يوجب سقوطه عن المتبوع.

قوله: (وفي عكسه)، وهو أن يباشر الصبي أو المجنون **(ينعكس الحكم)**؛ أي لا يجب على الباقين لما ذكرنا .

(*) الراجح: قول أبي حنيفة وزفر.

المَعنَى وَالحُكمُ. وَلَهُمَا: أَنَّهُ جِنَايَةٌ وَاحِدَةٌ قَامَت بِالكُلِّ، فَإِذَا لَم يَقَع فِعلُ بَعضِهِم مُوجِبًا كَانَ فِعلُ البَاقِينَ بَعضَ العِلَّةِ، وَبِهِ لَا يَثبُتُ الحُكمُ، فَصَارَ كَالخَاطِئِ مَعَ العَامِدِ.

وَأَمَّا ذُو الرَّحِمِ المُحَرَّمِ: فَقَد قِيلَ تَأوِيلُهُ إِذَا كَانَ المَالُ مُشتَرَكًا بَينَ المَقطُوعِ عَلَيهِم، وَالأَصَحُّ أَنَّهُ مُطلَقٌ لِأَنَّ الجِنَايَةَ وَاحِدَةٌ عَلَى مَا ذَكَرنَاهُ فَالِامتِنَاعُ فِي حَقِّ البَعضِ يُوجِبُ الِامتِنَاعَ فِي حَقِّ البَاقِينَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ فِيهِم مُستَأمَنٌ؛ لِأَنَّ

و(**المعنى**)؛ أي العلة، وهي أن السقوط عن الأصل يوجب السقوط عن التبع. (**ولهما**)؛ أي لأبي حنيفة ومحمد. (**أنه**)؛ أي قطع الطريق (**جناية واحدة**) قامت بالكل فإذا تمكنت الشبهة في حق أحدهم سقط عن الباقين (**كالعامد والخاطئ**)؛ إذا اشتركا في القتل فإنه لا يجب القود.

ومعنى **قوله**: (**كان فعل الباقين بعض العلة**) يعني قطع الطريق جناية واحدة؛ لأن المقصود منه قطع الطريق، والحد يتعلق به لا بنفس الأخذ؛ فكان الأخذ بعض العلة إليه أشار في الإيضاح والمبسوط[1].

قوله: (**فقد قيل**) قال أبو بكر الرازي[2]: إن المسألة محمولة على ما إذا كان المال مشتركا بين المقطوع عليهم، وفي قطاع الطريق ذو رحم مُحَرّم، لا يجب الحد باعتبار نصيب ذي الرحم المُحَرَّم، ويصير شبهة في نصيب الباقين، فلا يجب الحد عليهم؛ لأن المأخوذ شيء واحد، فإذا امتنع في حق أحدهم بسبب القرابة يمتنع في حق الباقين.

فأما إذا لم يكن المال مشتركا بينهم، فإن لم يأخذوا المال إلا من ذي الرحم المُحَرّم فكذلك، وإن أخذوا منه ومن غيره يحدّون باعتبار المال المأخوذ من الأجنبي.

(**والأصح أنه مطلق**)؛ أي يجري على إطلاقه، وأنهم لا يحدون بكل حال؛ لأن مال جميع القافلة في حق القطّاع كشيء واحد؛ لأنه محرز بحرز واحد وهو القافلة، والجناية واحدة أيضًا وهو قطع الطريق.

وقوله: (**على ما ذكرناه**) إشارة إلى **قوله**: (**أنه جناية واحدة...**) إلى آخره.

قوله: (**بخلاف ما إذا كان فيهم**)؛ أي في القافلة (**مستأمن**) إن لم يوجب

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٩/ ١٩٩).
(٢) ينظر: البناية شرح الهداية للعيني (٧/ ٩١).

الِامتِنَاعَ فِي حَقِّهِ لِخَلَل فِي العِصمَةِ وَهُوَ يَخُصُّهُ، أَمَّا هُنَا الِامتِنَاعُ لِخَلَل فِي الحِرزِ، وَالقَافِلَةُ حِرزٌ وَاحِدٌ (وَإِذَا سَقَطَ الحَدُّ صَارَ القَتلُ إِلَى الأَولِيَاءِ) لِظُهُورِ حَقِّ العَبدِ عَلَى مَا ذَكَرنَاهُ (فَإِن شَاؤُوا قَتَلُوا وَإِن شَاؤُوا عَفَوا، وَإِذَا قَطَعَ بَعضُ القَافِلَةِ الطَّرِيقَ عَلَى البَعضِ، لَم يَجِب الحَدُّ) لِأَنَّ الحِرزَ وَاحِدٌ فَصَارَت القَافِلَةُ كَدَار وَاحِدَة (وَمَن قَطَعَ الطَّرِيقَ لَيلًا أَو نَهَارًا فِي المِصرِ، أَو بَينَ الكُوفَةِ وَالحِيرَةِ، فَلَيسَ بِقَاطِعِ الطَّرِيقِ) استِحسَانًا.

فقطع الطريق على المسلمين والمستأمنين، وقطع الطريق على المستأمنين إن لم يوجب الحد فقطع الطريق على المسلمين يوجبه وغير الموجب لا يصلح معارضا للموجب.

وهذا (**لأن الامتناع في حق المستأمن لخلل في العصمة**)، وهو بقاء شبهة الإباحة في ماله على تقدير رجوعه إلى داره. (**وهو**)؛ أي الخلل (**يخصه**)؛ أي المستأمن، وهاهنا الخلل في الحرز إذ القافلة حرز واحد وهو بسبيل من الدخول على هذه القافلة بلا استئذان لمكان قريبه الذي يفترض وصله فمتى لم يبق حرزا في حقه لم يبق حرزا في حق الكل كدار يسكنها أخوه وأجنبي فسرق منها مال الأجنبي لا يقطع بمثله لو سرق مال مسلم ومستأمن من بيت يسكنان فيه، يُقطَع.

وقوله: (**على ما ذكرناه**) إشارة إلى **قوله**: (**فظهر حق العبد...**) إلى آخره.

قوله: (**بين الحيرة والكوفة**)، وكذا بين القريتين لم يلزمهم حد القطاع استحسانا.

وعن [٢/ ٧/ ب] أبي يوسف، وهو قول الشافعي: يلزمهم حدُّ القطّاع؛ لوجود حقيقة المحاربة إذ أخذ المال والقتل على وجه المحاربة أغلظ في الجريمة من المفازة وما فضل في النص بين المصر وغيره.

وعن مالك في رواية: كل من أخذ مال الغير على وجه لا يمكن لصاحب المال الاستغاثة؛ فهو محارب. وعنه لا تثبت المحاربة حتى تكون على ثلاثة أميال من العمران.

وعن أحمد؛ أنه توقف فيه. وقال أصحابه: تثبت المحاربة في أي موضع لا يلحقه الغوث كما قال الشافعي وأبو يوسف.

وَفِي القِيَاسِ: يَكُونُ قَاطِعَ الطَّرِيقِ وَهُوَ قَولُ الشَّافِعِيِّ لِوُجُودِهِ حَقِيقَة. وَعَن أَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ يَجِبُ الحَدُّ إِذَا كَانَ خَارِجَ المِصرِ إِن كَانَ بِقُربِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَلحَقُهُ الغَوثُ(*). وَعَنهُ: إِن قَاتَلُوا نَهَارًا بِالسِّلَاحِ أَو لَيلًا بِهِ أَو بِالخَشَبِ فَهُم قُطَّاعُ الطَّرِيقِ، لِأَنَّ السِّلَاحَ لَا يَلبَثُ ....

وفي الحلية[١]: ذكر في الحاوي؛ أن القرى التي يقل أهلها حكمها حكم الصحراء فتتحقق المحاربة. وأما الأمصار الكبار فمن قصد نواحيها جهارا فكذلك، وأما وسط المصر في المواضع التي يتكاثر فيها الناس في أسواقهم ودورهم إذا كبسوا منها سوقا ونهبوها أو دورًا فنهبوها؛ ففيه وجهان أصحهما أن حكمهم حكم المحاربين.

قوله: (**لِأَنَّ الظَّاهِرَ لُحُوقُ الْغَوْثِ**)، من السلطان أو الناس عادة، وصاحب المال يعتمد عليهما فيتمكن النقصان في فعل من يتعرض له، من حيث محاربه يعني السبب محاربة الله تعالى، وذا إنما يتحقق في المفازة؛ لأنه لا يلحقه الغوث عادة، والمسافر يسير في حفظه معتمدا عليه فمن تعرض له يكون محاربا لله، فأما المصر وفيما بين القرى يلحقه الغوث من السلطان أو الناس عادة وهو أيضًا يعتمد على ذلك فلا تتحقق محاربة الله كذا في المبسوط[٢].

وفي المحيط[٣]: قال بعض المتأخرين: أجاب أبو حنيفة بذلك على عرف زمانه؛ فإن الناس في المصر، وفيما بين القرى كانوا يحملون السلاح مع أنفسهم فيتحقق بذلك دفعهم، ولو تحقق يكون نادرا؛ فلا يبنى الحكم عليه، وكذا يندر ذلك بين الحيرة والكوفة؛ لاتصال عمران أحد الموضعين بالآخر؛ فأما الآن صار كَبَرّية، وتركوا عادة حمل السلاح في الأمصار فتتحقق المحاربة، وعليه الفتوى لمصلحة الناس.

(وعنه)؛ أي عن أبي يوسف **(إن قاتلوا)** في المصر **(أو بين القرى بالسلاح نهارا)** حدوا وإن قَطَعوا بالحجر والخشب لا يحدّوا وإن كان ليلا حُدُّوا سواء قصدوا بالسلاح وغيره لقلة الغوث في الليالي وفي النهار يلحقه الغوث والسلاح

(*) الراجح: قول أبي يوسف.

(١) حلية العلماء للشاشي (٨/ ٨٥).

(٢) المبسوط للسَّرَخسِي (٩/ ٢٠١).

(٣) المبسوط للسَّرَخسِي (٩/ ٢٠١).

وَالغَوثُ يُبطِئُ بِاللَّيَالِي، وَنَحنُ نَقُولُ: إنَّ قَطعَ الطَّرِيقِ بِقَطعِ المَارَّةِ وَلَا يَتَحَقَّقُ ذَلِكَ فِي المِصرِ وَيَقرُبُ مِنهُ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ لُحُوقُ الغَوثِ، إلَّا أَنَّهُم يُؤخَذُونَ بِرَدِّ المَالِ أَيضًا لَا لِلحَقِّ إلَى المُستَحِقِّ، وَيُؤَدَّبُونَ وَيُحبَسُونَ لِارتِكَابِهِم الجِنَايَةَ، وَلَو قَتَلُوا فَالأَمرُ فِيهِ إلَى الأَولِيَاءِ لِمَا بَيَّنَّا (وَمَن خَنَقَ رَجُلًا حَتَّى قَتَلَهُ فَالدِّيَةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ) وَهِيَ مَسأَلَةُ القَتلِ بِالمُثَقَّلِ، وَسَنُبَيِّنُ فِي بَابِ الدِّيَاتِ إن شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى (وَإِن خَنَّقَ فِي المِصرِ غَيرَ مَرَّة قُتِلَ بِهِ)؛ لِأَنَّهُ صَارَ سَاعِيًا فِي الأَرضِ بِالفَسَادِ فَيُدفَعُ شَرُّهُ بِالقَتلِ، وَاللَّهُ تَعَالَى أَعلَمُ.

لا يثبت وعليه الفتوى لمصلحة الناس، واختاره القفال من أصحاب الشافعي.

و(**الغوث**)؛ اسم للإغاثة التي هي النصرة.

قوله: (**وَمَنْ خَنَقَ**) بالتخفيف من خنقه؛ إذا عصر حلقه خنقا -بكسر النون- من حد دخل، والخَنّاقُ فاعله.

قوله: (**غير مرة**)؛ لما أنه إذا خنق رجلا حتى قتله فالدية على عاقلته عند أبي حنيفة. (**وهي مسألة القتل بالمثقل**) وموضعه كتاب الديات.

أما لو (**خنق في المصر غير مرة**) يُقتَلُ سياسة؛ لأنه غير صالح ذو فتنة ساع في الأرض بالفساد؛ فيقتله الإمام دفعا لشره عن العباد.

وفي المحيط[(١)]: عشرة نسوة قطعن الطريق فأخذن المال، قُتِلْنَ وضمِنَّ المال وبه قالت الأئمة الثلاثة.

ولو كانت فيهم امرأة فَقتَلَتْ وأخذت المال، ولم يفعل الرجال يُقتَلُ الرجال دون المرأة عند أبي يوسف، وعند الثلاثة تُقتَلُ المرأة أيضًا، وعند أبي حنيفة ومحمد: سقط الحد عن الرجال أيضًا.

خرج رجل قاطعا للطريق على أن يسلب أموال الناس؛ فاستقبله الناس فقتلوه، لا شيء عليهم.

ولو فرَّ رجل من القطاع إلى موضع لا يقدر على قطع الطريق، ثم قتلوه كان عليهم الدية والله أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب.

---

(١) ينظر: النهر الفائق شرح كنز الدقائق لإبراهيم بن نجيم الحنفي (٣/ ١٩٣).

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كِتَابُ السِّيَرِ

السِّيَرُ: جَمعُ سِيرَة، وَهِيَ الطَّرِيقَةُ فِي الأُمُورِ، وَفِي الشَّرعِ تَختَصُّ بِسِيَرِ النَّبِيِّ

كتاب السير

ولما كان القصد من الحدود إخلاء العالم عن المعاصي، أورد السِّيَرَ عقيب الحدود؛ لأن في الجهاد إخلاء العالم عن رأس المعاصي.

وقدّم الحدود لأنه أدنى، والترقّي يكون من الأدنى إلى الأعلى، ولأن كل واحد من الحدود حسن لمعنى في غيره، وذلك الغير يتأدى بفعل المأمور، كما ذكر في الأصول، ناسب السير الحدود لأنها معاملة مع المسلمين في الأغلب والجهاد مع المشركين، فقدم ما يختص بالمسلمين.

(السِّيَرُ جَمْعُ سِيرَةٍ، وَهِيَ الطَّرِيقَةُ)؛ سُمِّي بها هذا الكتاب لما فيه من بيان سيرة النبي ﷺ والصحابة والمسلمين فيه.

وفي المنشور: السيرة فِعلة من السير، وقد يراد به السير الذي هو قطع المسافة، وقد يراد به السنة في المعاملات، وسميت المغازي سِيَرًا بأن أول أمورها السير إلى العدو، والمراد بها سير الإمام إلى العدو ومعاملاته مع الغزاة والعداة والكفار.

وفي المغرب[1]: أصل السِّيرة [٢/٨/أ] حالةُ السير إلا أنها غلبت شرعا على أمور المغازي؛ كالمناسك على أمور الحج، وقالوا: السير الكبير وسير الكبير خطأ كجامع الكبير. والمغازي - جمع المغزاة - من غزوت العدو قصدته للقتال غزوا، وهي الغزوة والغزو والغزاة والمغزاة.

والجهاد شرعا: هو الدعاء إلى الدين الحق، والقتال مع من لا يقتله ذكره في التحفة.

---

(١) المغرب للمطرزي (ص: ٢٤٢).

عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي مَغَازِيهِ.

قَالَ: (الجِهَادُ فَرضٌ عَلَى الكِفَايَةِ إذَا قَامَ بِهِ فَرِيقٌ مِن النَّاسِ سَقَطَ عَن البَاقِينَ) أَمَّا الفَرضِيَّةُ فَلِقَولِهِ تَعَالَى: ﴿فَٱقْتُلُواْ ٱلْمُشْرِكِينَ﴾ [التوبة: ٥] وَلِقَولِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الجِهَادُ مَاضٍ إلَى يَومِ القِيَامَةِ» وَأَرَادَ بِهِ فَرضًا بَاقِيًا، وَهُوَ فَرضٌ عَلَى الكِفَايَةِ؛ لِأَنَّهُ مَا فُرِضَ لِعَينِهِ، إذ هُوَ إفسَادٌ فِي نَفسِهِ، ....

قوله: (الْجِهَادُ مَاضٍ) من مضى الأمر نفذ قال عليه السلام: «الجهادُ ماضٍ منذُ بَعثَني اللهُ إلَى أن يُقاتِلَ آخِرُ عصابةٍ منْ أمّتِي الدَّجالَ»، وقال عليه السلام: «أمرتُ أنْ أُقاتِلَ الناسَ...» الحديث[1]، وأجمعت الأمة على فرضيته.

وفي الإيضاح: خبر الواحد إذا تأيد بالكتاب والإجماع يفيد الفرضية وهاهنا كذلك.

قوله: (وهو)؛ أي الجهاد (فرض على الكفاية) وبه قال أكثر أهل العلم إلا ابن المسيب فإنه قال: فرض عين للعمومات في النصوص.

وحكي عن ابن شبرمة والثوري أنه غير واجب، وهكذا روي عن ابن عمر، وسئل ابن عطاء وعمرو بن دينار أن الغزو واجب؟ قالا: ما علمناه واجبا، وقالوا: قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِتَالُ﴾ [البقرة:٢١٦] للندب كما في قوله: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا ٱلْوَصِيَّةُ﴾ [البقرة:١٨٠].

ولنا: قوله تعالى: ﴿فَٱقْتُلُواْ ٱلْمُشْرِكِينَ﴾ [التوبة:٥] ﴿وَقَٰتِلُوهُمْ﴾ [البقرة:١٩٣] و﴿قَٰتِلُواْ ٱلَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ﴾ [التوبة:٢٩] الآيات كثيرة ظاهرة في وجوب الجهاد، وقوله: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِتَالُ﴾[2] الآية تدل على الوجوب إلا إذا دلّ الدليل على الندب، وهاهنا لم يوجد الدليل.

وقد روى عن أبي بكر الصديق أنه قال: فرض الجهاد على المسلمين بهذه الآية والأحاديث فيه كثيرة.

وروي عن ابن عمر ما يدل على الوجوب، وما روى عنه أنه قال: ليس

---

(١) جزء من حديث أخرجه البخاري (١/ ١٤ رقم ٢٥)، ومسلم (١/ ٥٢ رقم ٢١) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

(٢) كُررت الآية بالأصل.

وَإِنَّمَا فُرِضَ لِإِعزَازِ دِينِ اللَّهِ وَدَفعِ الشَّرِّ عَن العِبَادِ، فَإِذَا حَصَلَ المَقصُودُ بِالبَعضِ سَقَطَ عَن البَاقِينَ كَصَلَاةِ الجِنَازَةِ وَرَدِّ السَّلَامِ (فَإِن لَم يَقُم بِهِ أَحَدٌ أَثِمَ جَمِيعُ النَّاسِ بِتَركِهِ) لِأَنَّ الوُجُوبَ عَلَى الكُلِّ، وَلِأَنَّ فِي اشتِغَالِ الكُلِّ بِهِ قَطعَ مَادَّةِ الجِهَادِ مِن الكِرَاعِ وَالسِّلَاحِ، فَيَجِبُ عَلَى الكِفَايَةِ (إِلَّا أَن يَكُونَ النَّفِيرُ عَامًّا) فَحِينَئِذٍ يَصِيرُ مِن

بفرضٍ؛ أي عينٍ في كل زمان، وكذا يحمل على هذا قول عطاء وعمرو بن دينار أنهما قالا: ما علمناه؛ أي من الفروض الأعيان.

قلنا: فرض كفاية لقوله تعالى: ﴿فَلَوْلَا نَفَرَ مِن كُلِّ فِرْقَةٍ﴾ [التوبة:١٢٢] الآية فإنها تدل على الكفاية، ولقوله تعالى: ﴿لَّا يَسْتَوِى ٱلْقَٰعِدُونَ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ غَيْرُ أُو۟لِى ٱلضَّرَرِ وَٱلْمُجَٰهِدُونَ فِى سَبِيلِ ٱللَّهِ﴾ إلى قوله ﴿وَكُلًّا وَعَدَ ٱللَّهُ ٱلْحُسْنَىٰ﴾ [النساء:٩٥]، ولو كان فرضا على الجميع لما وعد الحسنى لتاركه، ولأنه لو فرض على الأعيان؛ لاشتغل الناس عن العمارة وطلب المعاش والعلم؛ فيؤدي إلى خراب الأرض.

قوله: (وإعزاز الدين ودفع الشر عن العباد)، وإليه وقعت الإشارة في قوله تعالى: ﴿وَقَٰتِلُوهُمْ حَتَّىٰ لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ وَيَكُونَ ٱلدِّينُ كُلُّهُۥ لِلَّهِ﴾ [الأنفال:٣٩].

قوله: (إِلَّا أَنْ يَكُونَ النَّفِيرُ عَامًّا)، وفي الإيضاح: إنما يسقط عن البعض إذا حصل به الكفاية، وإذا لم يحصل تعين الفرض على الكل، وشرط ذلك من كان فيه غناء ودفاع؛ لأن من لا ينتفع به فهو عاجز عن إقامة الفرض، والتكليف لا يتأتى مع العجز كما في سائر العبادات.

وفي الذخيرة(١): عند النفير يصير فرض عين على من يقرب من العدو، وهم يقدرون على الجهاد، فأما من عداهم من البعد ففي حقهم فرض كفاية إذا لم يُحْتَجْ فإذا احتيج إليهم؛ بأن عجز القريب أو تكاسل ولم يجاهد، يصير فرضا على من يليهم فرض عين ثَمَّ، وثُم إلى أن يفترض على جميع أهل الإسلام شرقا وغربا على هذا التدريج؛ كالصلاة على الميت تجب على أهل محلته، ولا تجب على من بَعُد عن الميت إلا إذا علم [أن](٢) أهل المحلة يضيِّعونه أو عاجزون عن إقامة أسبابه، ثم يستوي المستنفر عدلا أو فاسقا.

و(**النفير**): من نفر القوم في الأمر أو إلى الثغر نفرا ونفيرا؛ أي خرجوا.

---

(١) انظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للفخر الزيلعي (٣/ ٢٤٢).

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

فُرُوضِ الأَعيَانِ لِقَولِهِ تَعَالَى: ﴿ٱنفِرُواْ خِفَافًا وَثِقَالًا﴾ [التوبة: ٤١] الآيَةَ. وَقَالَ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: الجِهَادُ وَاجِبٌ إِلَّا أَنَّ المُسلِمِينَ فِي سَعَةٍ حَتَّى يُحتَاجَ إِلَيهِم، فَأَوَّلُ هَذَا الكَلَامِ إِشَارَةٌ إِلَى الوُجُوبِ عَلَى الكِفَايَةِ وَآخِرُهُ إِلَى النَّفِيرِ العَامِّ، وَهَذَا لِأَنَّ المَقصُودَ عِندَ ذَلِكَ لَا يَتَحَصَّلُ إِلَّا بِإِقَامَةِ الكُلِّ فَيُفتَرَضُ عَلَى الكُلِّ (وَقِتَالُ الكُفَّارِ وَاجِبٌ) وَإِن لَم يَبدَؤُوا لِلعُمُومَاتِ (وَلَا يَجِبُ الجِهَادُ عَلَى صَبِيٍّ)؛ ....

قوله: ﴿ٱنفِرُواْ خِفَافًا وَثِقَالًا﴾ [التوبة:٤١]؛ أي اخرجوا ركبانًا، ومشاةً.

وقيل: شبانًا، وشيوخًا، وقيل: عُزابًا، ومتأهلين، وقيل: أغنياء، وفقراء.

وظاهر الآية يقتضي الفرضية عند النفير وغيره إلا أن فرضية الكفاية تثبت بقوله تعالى: ﴿لَّا يَسْتَوِى ٱلْقَٰعِدُونَ﴾ [النساء: ٩٥] الآية كما ذكر، وبأنه عليه السلام يخرج في بعض الغزوات ويقعد في البعض، ولأنه عليه السلام حين خرج إلى الغزو ما خرج كل أهل المدينة؛ فلو كان فرض عين لم يدع أحدًا منهم، وبالمعقول كما ذكر في المتن فعلم أن المراد من هذه الآية عند النفير.

قوله: (**وأول الكلام**) وهو قوله: (**الجهاد واجب**)، (**وآخره**)؛ أي آخر الكلام وهو قوله: (**حتى يحتاج إليهم**).

قوله: (**فَيُفْتَرَضُ عَلَى الْكُلِّ**) على كل من يقرب ويقدر على جميع أهل [٢/ ٨/ب] الإسلام كما ذكرنا من الذخيرة.

قوله: (**وَقِتَالُ الْكُفَّارِ وَاجِبٌ**)؛ أي الكفار الذين امتنعوا عن الإسلام والجزية وإن لم يبدؤوا بالقتال.

في السير الكبير: قال الثوري: قتالهم ليس بفرض إلا أن تكون البداية منهم بظاهر قوله تعالى: ﴿فَإِن قَٰتَلُوكُمْ فَٱقْتُلُوهُمْ﴾ [البقرة:١٩١] وقوله تعالى: ﴿وَقَٰتِلُواْ ٱلْمُشْرِكِينَ كَآفَّةً كَمَا يُقَٰتِلُونَكُمْ﴾ [التوبة:٣٦].

ولنا: قوله ﴿فَٱقْتُلُواْ ٱلْمُشْرِكِينَ﴾ [التوبة:٥] ﴿وَقَٰتِلُوهُمْ﴾ [البقرة:١٩٣] و﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِتَالُ﴾ [البقرة:٢١٦] وغيرها من الآيات بلا فصل.

والنبي عليه السلام أمر في بدء الإسلام بالصفح والإعراض، ثم أمر بدعاء

لِأَنَّ الصِّبَا مَظِنَّةُ المَرحَمَةِ (وَلَا عَبد وَلَا امرَأَة) لتقَدُّمُ حَقُّ المَولَى وَالزَّوجِ (وَلَا أَعمَى وَلَا مُقعَد وَلَا أَقطَعَ) لِعَجزِهِم، (فَإِن هَجَمَ العَدُوُّ عَلَى بَلَد وَجَبَ عَلَى جَمِيعِ النَّاسِ الدَّفعُ تَخرُجُ المَرأَةُ بِغَيرِ إذنِ زَوجِهَا وَالعَبدُ بِغَيرِ إذنِ المَولَى) لِأَنَّهُ صَارَ فَرضَ عَينٍ، وَمِلكُ اليَمِينِ وَرِقُ النِّكَاحِ لَا يَظهَرُ فِي حَقِّ فُرُوضِ الأَعيَانِ كَمَا فِي الصَّلَاةِ وَالصَّومِ، بِخِلَافِ مَا قَبلَ النَّفِيرِ؛ لِأَنَّ بِغَيرِهِمَا مُقنِعًا فَلَا ضَرُورَةَ إِلَى إبطَالِ حَقِّ المَولَى وَالزَّوجِ (وَيُكرَهُ الجُعَلُ مَا دَامَ لِلمُسلِمِينَ فَيءٌ) لِأَنَّهُ يُشبِهُ الأَجرَ، وَلَا ضَرُورَةَ

الدين بالموعظة الحسنة والمجادلة فنسخ الإعراض، ثم أمر بالقتال في بعض الأزمان فقال تعالى: ﴿فَإِذَا ٱنسَلَخَ ٱلۡأَشۡهُرُ ٱلۡحُرُمُ فَٱقۡتُلُواْ ٱلۡمُشۡرِكِينَ حَيۡثُ وَجَدتُّمُوهُمۡ﴾ [التوبة:٥]، ثم أمر بالقتال ابتداء في الأزمان كلها وفي الأماكن بأسرها قال تعالى: ﴿وَقَٰتِلُوهُمۡ حَتَّىٰ لَا تَكُونَ فِتۡنَةٞ﴾ [الأنفال:٣٩] و﴿قَٰتِلُواْ ٱلَّذِينَ لَا يُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِ﴾ [التوبة:٢٩] كذا في المبسوط[(١)] والذخيرة.

وفي الإيضاح[(٢)]: وحرمة القتال في الأشهر الحرم نسخت بقوله تعالى: ﴿فَٱقۡتُلُواْ ٱلۡمُشۡرِكِينَ حَيۡثُ وَجَدتُّمُوهُمۡ﴾، وبأنه عليه السلام حاصر الطائف لعشر بقين من المحرَّمِ، والمحاصرة نوع من القتال.

قوله: (لأن الصِّبَا مَظِنَّةُ الْمَرْحَمَةِ وضعف البنية)، وعن ابن عمر أنه قال: «عُرِضْتُ على النبي ﷺ يوم أحد، وأنا ابنُ أربعَ عشرةَ فلم يُجِزْ في المقاتلة» متفق عليه[(٣)]، وكذا ليس للولد أن يخرج إلى الجهاد بغير إذن والديه، ولا للمرأة والعبد بدون إذن الزوج والسيد، بإجماع الأئمة الأربعة إلا أن يكون النفير عامًّا.

قوله: (وَيُكْرَهُ الْجُعْلُ)، أراد ما يضرب الإمام على الناس للغزاة بما يتقوى به الغزاة.

والفيء: اسم للمال المصاب منهم بالقتال؛ **(لأنه)**؛ أي الجعل يشبه الأجر على الطاعة، ومحض الأجرة حرام فما يشبهها يكره.

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٠/ ٢).

(٢) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للفخر الزيلعي (٣/ ٢٤١).

(٣) أخرجه البخاري (٣/ ١٧٧ رقم ٢٦٦٤) ومسلم (٣/ ١٤٩٠ رقم ١٨٦٨) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

إِلَيهِ؛ لِأَنَّ مَالَ بَيتِ المَالِ مُعَدٌّ لِنَوَائِبِ المُسلِمِينَ. قَالَ: (فَإِذَا لَم يَكُن فَلَا بَأسَ بِأَن يُقَوِّيَ بَعضُهُم بَعضًا) لِأَنَّ فِيهِ دَفعَ الضَّرَرِ الأَعلَى بِإِلحَاقِ الأَدنَى، يُؤَيِّدُهُ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَخَذَ دُرُوعًا مِن صَفوَانَ» وَعُمَرُ ﷺ كَانَ يُغزِي الأَعزَبَ عَن ذِي الحَلِيلَةِ، وَيُعطِي الشَّاخِصَ فَرَسَ القَاعِدِ.

بَابُ كَيفِيَّةِ القِتَالِ

(وَإِذَا دَخَلَ المُسلِمُونَ دَارَ الحَربِ فَحَاصَرُوا مَدِينَة أَو حِصنًا دَعَوهُم إِلَى

(أنه أخذ الدروع من صفوان) بن أمية بغير رضاه.

قوله: (كَانَ يُغْزِي الْأَعْزَبَ) يقال: أغزى الأمير الجيش، ورَجُلٌ عَزَبٌ بالتحريك؛ لا زوج له ولا يقال: أعزب وقد جاء في الحديث «وهو شاب أعزب» كذا في المغرب(١).

(الشاخص)؛ الذاهب من الشخوص، وهو الذهاب من بلد إلى بلد من حد فَتَحَ.

وقيل: يكره لما بينا.

وقلنا: إن عمر أعانه على البر والجهاد بالمال وكلاهما منصوصان، وأحوال الناس في الجهاد تتفاوت: منهم من يقدر عليه بالنفس والمال، ومنهم من يقدر عليه بالنفس دون المال لفقره، ومنهم من يقدر عليه بالمال لغناه دون النفس لعجزه؛ فيُجَهِّزُ الغنيُّ بماله الفقيرَ القادرَ حتى يكون الخارج مجاهدًا بنفسه، والقاعد مجاهدًا بماله، و«**المُؤمنونَ كالبُنيانِ يشدُّ بعضُهُ بعضًا**»(٢).

باب كيفية القتال

لما ذكر فرضية الجهاد وشرائطه شرع في بيان كيفية القتال.

قوله: (حَاصَرُوا مَدِينَةً أَوْ حِصْنًا) يقال: حاصر العدو محاصرة وحصارًا إذا ضيقوا عليه وأحاطوا به. مدن الرجل بالمكان؛ أقام، ومنه المدينة.

---

(١) المغرب للمطرزي (ص: ٣١٤).

(٢) أخرجه البخاري (١/ ١٠٣ رقم ٤٨١) ومسلم (٤/ ١٩٩٩ رقم ٢٥٨٥) من حديث أبي موسى الأشعري ﷺ.

الإِسلَامِ) لِمَا رَوَى ابنُ عَبَّاس ﷺ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ مَا قَاتَلَ قَومًا حَتَّى دَعَاهُم إِلَى الإِسلَامِ» قَالَ: «فَإِن أَجَابُوا كَفُّوا عَن قِتَالِهِم» لِحُصُولِ المَقصُودِ، وَقَد قَالَ ﷺ: «أُمِرت أَن أُقَاتِلَ النَّاسَ حَتَّى يَقُولُوا لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ» الحَدِيثَ.

(وَإِن امتَنَعُوا دَعَوهُم إِلَى أَدَاءِ الجِزيَةِ) بِهِ أَمَرَ رَسُولُ اللَّهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أُمَرَاءَ الجُيُوشِ، وَلِأَنَّهُ أَحَدُ مَا يَنتَهِي بِهِ القِتَالُ عَلَى مَا نَطَقَ بِهِ النَّصُّ، وَهَذَا فِي حَقِّ مَن تُقبَلُ مِنهُ الجِزيَةُ، وَمَن لَا تُقبَلُ مِنهُ كَالمُرتَدِّينَ وَعَبَدَةِ الأَوثَانِ مِن العَرَبِ، لَا فَائِدَةَ فِي دُعَائِهِم إِلَى قَبُولِ الجِزيَةِ، لِأَنَّهُ لَا يُقبَلُ مِنهُم إِلَّا الإِسلَامُ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿تُقَٰتِلُونَهُمْ أَوْ يُسْلِمُونَ﴾ [الفتح: ١٦] (فَإِن بَذَلُوهَا فَلَهُم مَا لِلمُسلِمِينَ وَعَلَيهِم مَا عَلَى المُسلِمِينَ) لِقَولِ عَلِيٍّ ﷺ: إِنَّمَا بَذَلُوا الجِزيَةَ لِيَكُونَ دِمَاؤُهُم كَدِمَائِنَا وَأَموَالُهُم كَأَموَالِنَا، وَالمُرَادُ بِالبَذلِ: القَبُولُ وَكَذَا المُرَادُ بِالإِعطَاءِ المَذكُورِ فِيهِ فِي القُرآنِ، وَاللَّهُ أَعلَمُ (وَلَا يَجُوزُ أَن يُقَاتِلَ مَن لَم تَبلُغْهُ الدَّعوَةُ إِلَى الإِسلَامِ إِلَّا أَن يَدعُوهُ) لِقَولِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي وَصِيَّةِ أُمَرَاءِ الأَجنَادِ «فَادعُهُم إِلَى شَهَادَةِ أَن لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ» وَلِأَنَّهُم بِالدَّعوَةِ يَعلَمُونَ أَنَّا نُقَاتِلُهُم عَلَى الدِّينِ لَا عَلَى سَلبِ الأَموَالِ وَسَبيِ الذَّرَارِيِّ، فَلَعَلَّهُم يُجِيبُونَ فَنُكفَى مُؤنَةُ القِتَالِ، وَلَو قَاتَلَهُم قَبلَ الدَّعوَةِ أَثِمَ لِلنَّهيِ،

والحِصن - بالكسر -؛ كلُّ مكانٍ محميٍّ مُحرزٍ لا يتوصل إلى ما في جوفه؛ فالمدينة أكبر من الحصن.

قوله: (كفوا)؛ أي امتنعوا أو امنعوا أنفسهم عن القتال؛ إذ الكف جاء لازم ومتعدٍّ.

قوله: (على ما نطق به النص)، وهو قوله تعالى﴿حَتَّىٰ يُعْطُوا۟ ٱلْجِزْيَةَ عَن يَدٍ﴾ [التوبة:٢٩] الآية، جعل غاية قتالهم إعطاء الجزية والمراد القبول، وبالقبول يصيرون من أهل دارنا.

قوله: (فَنُكْفَى) بالنون على بناء المفعول بنصب (مؤنة) على المفعول الثاني، ولأنه تعالى قال: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا﴾ [الإسراء:١٥]، فظاهره يدل على عدم القتل قبل الدعوة.

وَلَا غَرَامَةَ لِعَدَمِ العَاصِمِ، وَهُوَ الدِّينُ أَو الإِحرَازُ بِالدَّارِ، فَصَارَ كَقَتلِ النِّسوَانِ وَالصِّبيَانِ (وَيُستَحَبُّ أَن يَدعُوَ مَن بَلَغَتهُ الدَّعوَةُ) مُبَالَغَة فِي الإِنذَارِ، وَلَا يَجِبُ ذَلِكَ، لِأَنَّهُ صَحَّ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَغَارَ عَلَى بَنِي المُصطَلِقِ وَهُم غَارُّونَ»، «وَعَهِدَ إِلَى أُسَامَةَ ﵁ أَن يُغِيرَ عَلَى أُبنَى صَبَاحًا ثُمَّ يُحَرِّقَ» ....

قوله: (للنهي)، روي أنه عليه السلام بعث عليًّا في سرية وقال: **«لَا تُقاتلوهُم حتى تَدعوهُمْ إِلَى [الإسلامِ]**[1][2]**»**.

قوله: (ولا غرامة)؛ أي لما أتلف من الأموال والدماء لعدم العصمة المقومة؛ لأنها بالدار عندنا، وعن الشافعي يضمن لحرمة القتل.

وقلنا: العصمة إما بالدين أو الإحراز ولم يوجد، ومجرد حرمة القتل لا تكفي لوجوب الضمان كما في **(قتل النساء والصبيان)**.

قوله: (مبالغة في الإنذار) والمبالغة في الإنذار ربما تنفع فالقلب ميال خصوصا إلى المحاسن.

وفي المحيط[3]: بلوغ الدعوة إما حقيقةً أو حكمًا؛ بأن استفاض شرقا وغربا أنهم إلى ما يدعون؟ وعلى ماذا يقاتلون؟ فأقيم ظهور الدعوى مقامها في حق كل مشرك بدليل حديث بني المصطلق.

ثم إنما يستحب تقديم الدعوة مرة أخرى؛ بشرط ألا يكون في التقديم ضرر [٢/ ٩/أ] بالمسلمين، حتى لو علم أنهم بالدعوة يستعدون أو يحتالون بحيلة أو يتحصنون لا يستحب؛ لأن الدعوة مستحبة، ودفع الضرر واجب؛ فلا يجوز الاشتغال بالمستحب إذا تضمن ترك الواجب.

قوله: (وَهُمْ غَارُّونَ)؛ أي غافلون، والغِرَّة: الغفلة، **(وعَهِدَ رسول الله ﷺ)**؛ أي أوصى.

قوله: (أَنْ يُغِيرَ)، من أغار على العدو: أخرجه من حياته بهجومه عليه.

و**(أُبْنَى)** بوزن حبلى بالشام.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) أخرجه البخاري (٤/ ٤٧ رقم ٢٩٤٢) من حديث سهل بن سعد ﵁.
(٣) ينظر: فتح باب العناية بشرح النقاية لملا علي القاري (٦/ ٧٧).

وَالغَارَةُ لَا تَكُونُ بِدَعوَة.

قَالَ: (فَإِن أَبَوا ذَلِكَ استَعَانُوا بِاَللَّهِ عَلَيهِم وَحَارَبُوهُم) لِقَولِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي حَدِيثِ سُلَيمَانَ بنِ بُرَيدَةَ: «فَإِنْ أَبَوا ذَلِكَ فَادعُهُم إِلَى إِعطَاءِ الجِزيَةِ، إِلَى أَن قَالَ: فَإِن أَبَوْهَا فَاستَعِن بِاَللَّهِ عَلَيهِم وَقَاتِلهُم» وَلِأَنَّهُ تَعَالَى هُوَ النَّاصِرُ لِأَولِيَائِهِ وَالمُدَمِّرُ عَلَى أَعدَائِهِ فَيُستَعَانُ بِهِ فِي كُلِّ الأُمُورِ.

قَالَ: (وَنَصَبُوا عَلَيهِم المَجَانِيقَ) كَمَا نَصَبَ رَسُولُ اللَّهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَلَى الطَّائِفِ (وَحَرَّقُوهُم) لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَحرَقَ البُوَيرَةَ.

قَالَ: (وَأَرسَلُوا عَلَيهِم المَاءَ، وَقَطَّعُوا أَشجَارَهُم وَأَفسَدُوا زُرُوعَهُم) لِأَنَّ فِي

(والغارة لا تكون بدعوة)؛ لأن فيها ستر الأمر والإسراع؛ لأنها اسم مصدر للإغارة التي هي مصدر؛ أغار الثعلب أو الفرس إغارة وغارة؛ إذا أسرع في العدو، ولأنهم لو اشتغلوا بالدعوة ربما يتحصنون فلا يقدر عليهم.

وفي بعض النسخ: (أشجارهم وزروعهم)، وقال الشافعي في قول وأحمد في رواية: لا يفعلون ذلك إلا أن الكفار يفعلون ذلك معنى؛ لما روي أن أبا بكر رضي الله عنه قال لزيد حين بعثه أميرًا وتوصيته: يا زيد لا تقتل صبيًّا ولا امرأة ولا هَرِمًا، ولا تُخَرِّبَنَّ عامرًا ولا تعقِرَنَّ شجرًا مثمرًا ولا دابةً عجماءَ ولا شاةً إلّا لمأكلةٍ، ولا تحرقَنّ نخلًا ولا تعرقبه ولا تغلل ولا تَّخُن، وإن كان يفعلونه معنى جاز فعله بهم.

وقلنا ومالك والشافعي في قول، وأحمد في رواية: يجوز الغرق والحرق بكل حال؛ لما روى الزهري عن ابن عمر أنه عليه السلام حرق نخل بني النضير، وقطع وهي البويرة؛ فأنزل الله تعالى: ﴿مَا قَطَعْتُم مِّن لِّينَةٍ﴾ الآية [الحشر: ٥] ولها يقول حسان: [من البحر الوافر]

وهان على سَراة بني لؤيٍّ ... حريقٌ بالبُوَيْرَةِ مُسْتَطيرُ

رواه مسلم(١).

---

(١) أخرجه البخاري (٣/ ١٠٤ رقم ٢٣٢٦)، ومسلم (٣/ ١٣٦٥ رقم ١٧٤٦) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

جَمِيعِ ذَلِكَ إلحَاقَ الكَبتِ وَالغَيظِ بِهِم وَكَسرِ شَوكَتِهِم وَتَفرِيقَ جَمعِهِم فَيَكُونُ مَشرُوعًا، (وَلَا بَأسَ بِرَمِيِهِم، وَإِن كَانَ فِيهِم مُسلِمٌ أَسِيرٌ أَو تَاجِرٌ) لِأَنَّ فِي الرَّمِي دَفْعَ الضَّرَرِ العَامِّ بِالذَّبِّ عَن بَيضَةِ الإِسلَامِ، وَقَتلَ الأَسِيرِ وَالتَّاجِرِ ضَرَرٌ خَاصٌّ، وَلِأَنَّهُ

والبويرة: مثل الدويرة تصغير الدار، وكان عليه السلام أوصى لأسامة وقال: «**اغْزُ علَى أُبْنَى صباحًا وحَرِّقْ**»[١].

وفي المحيط: وينبغي للإمام إذا تيقن بالفتح بدون التغريق والتحريق، أن لا يحكم به؛ لأن ذلك مكروه.

و(**الكبت**): الإذلال والصرف، ويقال: كبت العدو وصرفه وأذلّه من حدّ ضرب كذا في الصحاح[٢].

قوله: (لا بأس برميهم وإن كان معهم أسير مسلم...) إلى آخره.

قال الحسن بن زياد: إذا علم أن فيهم مسلما وأنه يتلف بهذا الصنع لم يحلّ ذلك وبه قالت الأئمة الثلاثة؛ لأن الإقدام على قتل المسلم حرام، وترك قتال الكافر جائز. ألا ترى أن للإمام ألا يقتل الأسارى لمنفعة المسلمين، فكان مراعاة جانب المسلم أولى.

وقالت الأئمة الثلاثة: إلا أن يخاف انهزام المسلمين إذا لم يرمِ فيجوز حينئذ لتتحقق الضرورة.

وقلنا: أمرنا بقتالهم ولو اعتبرنا ذلك المعنى؛ لانْسَدَّ باب القتال معهم؛ فإن حصونهم ومدائنهم (قلما تخلو عن مسلم) عادة. **(ولأن الرمي دفع الضرر العام بالذبِّ عن بيضة الإسلام)**؛ أي مجتمعهم.

(وقتل الأسير والتاجر ضرر خاص)؛ فيتحمل لدفع الضرر الأعلى، ولهذا يجوز الرمي إليهم، وإن كان فيهم نساؤهم وصبيانهم، وحرم قتلهم كذا في المبسوط[٣].

وفي المغرب[٤]: سمي مجتمع أهل الإسلام بيضة تشبيها ببيضة النعامة وغيرها؛ لأن تلك مجتمع الولد.

---

(١) تقدم تخريجه قريبًا.
(٢) الصحاح للجوهري (١/ ٢٦٢).
(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٠/ ٦٥).
(٤) المغرب للمطرزي (ص: ٥٦).

قَلَّمَا يَخلُو حِصنٌ عَن مُسلِم، فَلَو امتَنَعَ بِاعتِبَارِهِ لَانسَدَّ بَابُهُ (وَإِنَّ تَتَرَّسُوا بِصِبيَانِ المُسلِمِينَ أَو بِالأُسَارَى لَم يَكُفُّوا عَن رَميِهِم) لِمَا بَيَّنَّاهُ (وَيَقصِدُونَ بِالرَّمي الكُفَّارَ) لِأَنَّهُ إن تَعَذَّرَ التَّميِيزُ فِعلا فَلَقَد أُمكِنَ قَصدًا، وَالطَّاعَةُ بِحَسَبِ الطَّاقَةِ، وَمَا أَصَابُوهُ مِنهُم لَا دِيَةَ عَلَيهِم وَلَا كَفَّارَةَ، ....

وقوله: **(لما بيناه)**؛ إشارة إلى ما ذكرنا بأن فيهم أسيرًا وتاجرًا.

وقال الشافعي ومالك وأحمد: إذا تترسوا بالمسلم، نظر إن لم تدع الضرورة إلى رميهم، واحتمل الحال الإعراض لم يجز رميهم، وإن دعت الضرورة يجوز كما لو تترسوا في حال التحام القتال، وخوف ظفرهم على المسلمين؛ فذلك عذر في جواز الرمي إلى المسلم وهو الأظهر.

وعن الشافعي في وجه: لا يجوز إذا لم يتأتَّ ضرب الكفار إلا بضرب المسلم؛ لأن دم المسلم لا يباح لخوف قتله كما في الإكراه.

ولنا: أن الطاعة بحسب الطاقة، وما في وسعه التمييز في الرمي بين المسلم والكافر؛ فلو امتنعنا باعتباره ينسد باب الجهاد، كما بينا حتى لو قدرنا على التمييز يجب التمييز.

قوله: (وما أصابوه منهم)؛ أي من قتل صبيانهم المسلمين وأساراهم **(لا دية عليهم ولا كفارة)** وعند الشافعي تجب الكفارة قولًا واحدًا، وفي الدية قولان.

وفي التهذيب: ولو رمى في غير حال الضرورة وهو يعلم أنه مسلم يجب القَوَد، وإن ظنه كافرا فلا قود، وتجب الكفارة وفي الدية قولان.

وعن المزني؛ إن علم أنه مسلم وعلم للضرورة تجب الدية.

وقال أبو إسحق؛ إن قصده لزمته الدية علمه مسلم أو لا لقوله عليه السلام: «**ليسَ في الإسلامِ دمٌ مُفرَجٌ**»(1)؛ أي مبطل دمه، وإن لم يقصده بعينه؛ بل رمى

---

(1) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير (١٧/ ٢٤ رقم ٣٦) من حديث عوف المزني ﵁، قال الهيثمي في مجمع الزوائد (٦/ ٢٩٣ رقم ١٠٧٥٠): فيه كثير بن عبد الله المزني، وهو ضعيف، وقد حسن الترمذي حديثه، وبقية رجاله ثقات.

لِأَنَّ الجِهَادَ فَرضٌ وَالغَرَامَاتُ لَا تُقرَنُ بِالفُرُوضِ، بِخِلَافِ حَالَةِ المَخمَصَةِ، لِأَنَّهُ لَا يُمتَنَعُ مَخَافَةَ الضَّمَانِ لِمَا فِيهِ مِن إِحيَاءِ نَفسِهِ.

أَمَّا الجِهَادُ فَمَبنِيٌّ عَلَى إِتلَافِ النَّفسِ، فَيُمتَنَعُ حِذَارَ الضَّمَانِ قَالَ: (وَلَا بَأسَ بِإِخرَاجِ النِّسَاءِ ....

إلى الصف لم تلزمه الدية كذا في شرح الوجيز(١).

وقلنا: في الاحتراز سد باب الجهاد فكان القتال فرضًا والرمي منه.

(والغرامة لا تلحق [٢/ ٩/ ب] الفروض)؛ لأن الضمان أثر التعدي، والفرض يمنع كون الفعل تعديا، والضمان يلائم المباحات بشرط السلامة لا الفروض، وخص من الحديث؛ قطاع الطريق والبغاة فيختص المنازع فيه؛ لضرورة إعلاء كلمة الله تعالى.

قوله: **(بِخِلَافِ حَالَةِ الْمَخْمَصَةِ)**؛ فإن المضطر لو أكل مال الناس في حالة المخمصة؛ فإنه يضمن فإن الأكل ليس بفرض في هذه الحالة؛ بل إذا صبر حتى مات كان مثابا، ولأن الضمان إذا وجب في **الجهاد** يمتنع عن الفرض لئلا تلزم عليه غرامة بخلاف حالة المخمصة؛ فإنه يقدم على التناول عند رفع الحظر وإن كان ضمان لزيادة محبته البقاء طبعًا؛ فكان رفع الخطر هناك بمنزلة رفع الضمان هاهنا فلما كان كذلك لا يلزم من وجوب الضمان في حالة المخمصة وجوب الضمان أي ضمان المال إحياء نفسه في حالة المخمصة.

(أما الجهاد بني على إتلاف النفس)؛ أي أنفس الكفار، وقد يكون فيهم مسلمون فلو وجب الضمان بقتالهم لامتنعوا من القتال وهو فرض، وذا لا يجوز كما لا يجوز وجوب الدية والكفارة على الإمام فيما إذا مات الزاني من جلده أو رجمه؛ لئلا يمتنع عن تقلد القضاء وهو فرض.

(حذارَ)؛ منصوب على أنه مفعول به.

قوله: **(إخراج النساء)** العجائز للتداوي، والخدمة من الطبخ والسقي؛ لأن خروج النساء مع النبي عليه السلام مشهور، وأم أيمن كانت تخرج مع النبي ﷺ؛

---

(١) العزيز شرح الوجيز للرافعي (١١/ ٤٠٠).

وَالمَصَاحِفِ مَعَ المُسلِمِينَ إِذَا كَانُوا عَسكَرًا عَظِيمًا يُؤمَنُ عَلَيهِ) لِأَنَّ الغَالِبَ هُوَ السَّلَامَةُ وَالغَالِبُ كَالمُتَحَقِّقِ (وَيُكرَهُ إِخرَاجُ ذَلِكَ فِي سَرِيَّة لَا يُؤمَنُ عَلَيهَا) لِأَنَّ فِيهِ تَعرِيضَهُنَّ عَلَى الضَّيَاعِ وَالفَضِيحَةِ، وَتَعرِيضَ المَصَاحِفِ عَلَى الِاستِخفَافِ فَإِنَّهُم يَستَخِفُّونَ بِهَا مُغَايَظَة لِلمُسلِمِينَ، وَهُوَ التَّأوِيلُ الصَّحِيحُ لِقَولِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا تُسَافِرُوا بِالقُرآنِ فِي أَرضِ العَدُوِّ» وَلَو دَخَلَ مُسلِمٌ إِلَيهِم بِأَمَان لَا بَأسَ بِأَن يَحمِلَ مَعَهُ المُصحَفَ إِذَا كَانُوا قَوما يَفُونَ بِالعَهدِ، لِأَنَّ الظَّاهِرَ عَدَمُ التَّعَرُّضِ، وَالعَجَائِزُ يَخرُجنَ فِي العَسكَرِ العَظِيمِ لِإِقَامَةِ عَمَل يَلِيقُ بِهِنَّ كَالطَّبخِ وَالسَّقيِ وَالمُدَاوَاةِ، فَأَمَّا الشَّوَابُّ فَمَقَامُهُنَّ فِي البُيُوتِ أَدفَعُ لِلفِتنَةِ، وَلَا يُبَاشِرنَ القِتَالَ، لِأَنَّهُ يُستَدَلُّ بِهِ عَلَى ضَعفِ المُسلِمِينَ إِلَّا عِندَ ضَرُورَة، ....

فتداوي الجرحى والمرضى وتقوم على الطبخ. (**أما الشوابّ فمقامهن في البيوت**) أحق بهن.

قوله: (وَلَا يُبَاشِرْنَ الْقِتَالَ؛ لِأَنَّهُ يدل على ضعفنا إلا للضرورة) فقد روى أن أم سليم قاتلت يوم خيبر شادَّةً على بطنها حتى قال النبي عليه السلام: «**لَمُقامُها خيرٌ مِن مُقام فُلانٍ وفُلانٍ**»[1]؛ أي من المنهزمين هذا (**في العسكر العظيم**) أما في سرية لا يؤمن عليها يكره.

وفي فتاوى قاضي خان[2]: قال أبو حنيفة: أقل السرية مائتان وأقل الجيش أربعمائة.

وقال الحسن بن زياد: أقل السرية أربعمائة، وأقل الجيش أربعة آلاف.

وفي المبسوط[3]: السرية؛ عدد قليل يسيرون بالليل ويكمنون بالنهار.

قوله: (لأن الغالب هو السلامة)؛ إذ الغالب هو الظفر والنصرة كذا صنع الله

---

(١) ذكره السَّرَخْسِي في المبسوط (١٠/ ١٧)، وضعفه العيني في البناية شرح الهداية (٧/ ١٠٨)، والذي في كتب السيرة والتاريخ أن هذه القصة وقعت لأم عمارة نسيبة بنت كعب يوم أحد كما في مغازي الواقدي (١/ ٢٧٢)، وعنه أخرجه ابن سعد في الطبقات الكبرى (٨/ ٤١٤) والواقدي ضعيف جدا في الحديث، إمام في السير والمغازي.

(٢) فتاوى قاضي خان (٣/ ٣٥٠).

(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٠/ ٤).

وَلَا يُستَحَبُّ إخرَاجُهُنَّ لِلمُبَاضَعَةِ وَالخِدمَةِ، فَإِن كَانُوا لَا بُدَّ مُخرَجِينَ فَبِالإِمَاءِ دُونَ الحَرَائِرِ (وَلَا تُقَاتِلُ المَرأَةُ إِلَّا بِإِذنِ زَوجِهَا وَلَا العَبدُ إِلَّا بِإِذنِ سَيِّدِهِ) لِمَا بَيَّنَّا (إِلَّا أَن يَهجُمَ العَدُوُّ عَلَى بَلَد لِلضَّرُورَةِ، وَيَنبَغِي لِلمُسلِمِينَ أَن لَا يَغدِرُوا وَلَا يَغلُّوا وَلَا يُمَثِّلُوا) لِقَولِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا تَغُلُّو وَلَا تَغدِرُوا وَلَا تُمَثِّلُوا» وَالغُلُولُ: السَّرِقَةُ مِن المَغنَمِ، وَالغَدرُ: الخِيَانَةُ وَنَقضُ العَهدِ، وَالمُثلَةُ المَروِيَّةُ فِي قِصَّةِ العُرَنِيِّينَ مَنسُوخَةٌ بِالنَّهيِ المُتَأَخِّرِ هُوَ المَنقُولُ (وَلَا يَقتُلُوا امرَأَة وَلَا صَبِيًّا وَلَا شَيخًا فَانِيًا وَلَا مُقعَدًا وَلَا أَعمَى) ....

بأوليائه وحزبه (**والغالب كالمتحقق**) في الأحكام.

وفي المحيط[(١)]: يكره إدخال المصاحف وكتب الفقه في سرية ذكره في السير الكبير. وقال الطحاوي: هذا كان في بدء الإسلام عند قلة المصاحف وحملة القرآن، ثم انتسخ ذلك متى كثرت المصاحف وكثر القراء؛ فحينئذ لا بأس به، والأصح ما ذكره محمد.

وقوله: (**لما بينّا**)، إشارة إلى قوله: (**لتقدم حق المولى والزوج...**) إلى آخره.

قوله: (**ألا يغدروا...**) إلى آخره. في المحيط: هذا بعد الظفر وإعطاء الأمان أما قبل الأمان فلا بأس به وكذا بالمثلة قبل الظفر أو الأمان.

(**قول**)[(٢)]: هو المنقول في المبسوط، روى عمران بن الحصين أنه قال: ما قام فينا رسول الله ﷺ خطيبا بعدما مُثّل بالعرنيين؛ إلا كان يحثنا على الصدقة وينهانا عن المُثلَةِ[(٣)]؛ فتخصيصه بالذكر في كل خطبة يدل على تأكيد الحرمة.

قوله: (**ولا شيخاً فانياً**) في الذخيرة: هذا الجواب في الشيخ الكبير الفاني لا يقدر على القتال، ولا على الصياح عند التقاء الصفين، ولو كان يقدر على

---

(١) ينظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (ص: ٢٠٥). (٢) كذا في الأصل، والذي في المتن: (لقوله).

(٣) أخرجه أبو داود (٣/ ٥٣ رقم ٢٦٦٧) من حديث سمرة بن جندب وعمران بن حصين رضي الله عنهما. قال ابن حجر في الفتح (٧/ ٤٥٩): إسناد هذا الحديث قوي فإن هياجا بن عمران البصري وثقه ابن سعد وابن حبان وبقية رجاله من رجال الصحيح.

لِأَنَّ المُبِيحَ لِلقَتلِ عِندَنَا هُوَ الحِرَابُ وَلَا يَتَحَقَّقُ مِنهُم، وَلِهَذَا: لَا يُقتَلُ يَابِسُ الشِّقِّ وَالمَقطُوعُ اليُمنَى وَالمَقطُوعُ يَدُهُ وَرِجلُهُ مِن خِلَاف، وَالشَّافِعِيُّ - رَحْمَةُ اللَّهِ تَعَالَى عَلَيهِ ـ يُخَالِفُنَا فِي الشَّيخِ الفَانِي ....

الصياح يُقتَل؛ لأنه بصياحه يحرضهم على القتال، وكذا إذا كان قادرًا على الإحبال؛ لأنه يجيء منه الولد فيكثر محارب المسلمين.

قوله: **(لأن المبيح عندنا هو الْحِرَابُ)** وبه قال مالك وأحمد والشافعي في قول وقال في قول آخر.

وقوله: **(والشافعي يخالفنا في الشيخ الفاني...)** إلى آخره هذا في قول له.

وفي شرح الوجيز(١): وفي الشيوخ الضعفاء والعميان والزَّمنَى ومقطوعو الأيدي والأرجل قولان:

في قول: يجوز قتلهم وبه قال أحمد في رواية لعموم قوله تعالى: ﴿فَٱقْتُلُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ﴾ [التوبة:٥]، وروي أنه عليه السلام قال: «**اقْتُلُوا شُيُوخَ الْمُشْرِكِينَ، وَاسْتَحْيُوا شَرْخَهُمْ**»(٢)؛ أي المراهقين؛ لأنهم كفار والكفر مبيح للقتل.

وفي قول: لا يجوز وبه قال أبو حنيفة ومالك وأحمد في رواية؛ لما روي أنه عليه السلام قال: «**لا تَقتُلوا شيخًا فانياً ولَا طِفلًا ولَا امْرأَةً**» رواه أبو داود(٣)، والمُقعدُ والزَّمِنُ ومقطوع اليدين والرجلين في معناه.

وعن أبي بكر رضي الله عنه أنه أوصى يزيد بن أبي سفيان حين بعثه إلى الشام فقال: لا تقتلوا الولدان ولا النساء [٢/ ١٠/أ] ولا الشيوخ، وستجدون قوماً حبسوا أنفسهم في الصوامع، فدعوهم وما حبسوا له أنفسهم.

قوله: **(وَلِهَذَا لَا يُقْتَلُ يَابِسُ الشِّقِّ)**؛ أي المفلوج، ويراد باليُبس بطلان

---

(١) العزيز شرح الوجيز (١١/ ٣٩٢).

(٢) أخرجه أبو داود (٣/ ٥٤، رقم ٢٦٧٠)، والترمذى (٤/ ١٤٥، رقم ١٥٨٣) من حديث سمرة بن جندب رضي الله عنه وقال الترمذي: حسن صحيح غريب.

(٣) أخرجه أبو داود (٣/ ٣٧ رقم ٢٦١٤) من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه، وفي سنده خالد بن الفِزر ضعيف. قال ابن حجر في التقريب (ص: ١٩٠ رقم ١٦٦٥): مقبول.

وَالمُقعَدِ وَالأَعمَى، لِأَنَّ المُبِيحَ عِندَهُ الكُفرُ وَالحُجَّةُ عَلَيهِ مَا بَيَّنَّا، وَقَدَّ صَحَّ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَن قَتلِ الصِّبيَانِ وَالذَّرَارِيِّ» «وَحِينَ رَأَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ امرَأَةً مَقتُولَةً قَالَ: هَاه، مَا كَانَت هَذِهِ تُقَاتِلُ فَلِمَ قُتِلَت؟» قَالَ: (إِلَّا أَن يَكُونَ أَحَدُ هَؤُلَاءِ مِمَّن لَهُ رَأيٌ فِي الحَربِ أَو تَكُونَ المَرأَةُ مَلِكَةً) لِتَعَدِّي ضَرَرِهَا إِلَى العِبَادِ، وَكَذَا يُقتَلُ مَن قَاتَلَ مِن هَؤُلَاءِ دَفعًا لِشَرِّهِ، وَلِأَنَّ القِتَالَ مُبِيحٌ حَقِيقَة (وَلَا يَقتُلُوا مَجنُونًا) لِأَنَّهُ غَيرُ مُخَاطَب، إِلَّا أَن يُقَاتِلَ فَيُقتَلَ دَفعًا لِشَرِّهِ، غَيرَ أَنَّ الصَّبِيَّ وَالمَجنُونَ يُقتَلَانِ مَا دَامَا يُقَاتِلَانِ، وَغَيرُهُمَا لَا بَأسَ بِقَتلِهِ بَعدَ الأَسرِ، لِأَنَّهُ مِن أَهلِ العُقُوبَةِ لِتَوَجُّهِ الخِطَابِ نَحوَهُ، وَإِن كَانَ يُجَنُّ وَيُفِيقُ فَهُوَ فِي حَالِ إِفَاقَتِهِ كَالصَّحِيحِ (وَيُكرَهُ أَن يَبتَدِئَ الرَّجُلُ أَبَاهُ مِن المُشرِكِينَ فَيَقتُلَهُ) لِقَولِهِ تَعَالَى: ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِي ٱلدُّنْيَا

حسه وذهاب حركته لا أنه ميت حقيقة كذا في المغرب[1].

(**والحجة عليه**)؛ أي على الشافعي (ما بينا) وهو قوله: (لا يقتل يابس الشق).

والمراد (**بالذراري**)؛ النساء مجازا باعتبار السببية؛ إذ النساء سبب لحصول الذراري؛ إذ لا يمكن جريه على حقيقته بدليل عطفه على (**الصبيان**).

وأما الآية خص منها الذمي والمستأمن وغيرهما؛ لعدم الحراب فعلم أن المؤثر عدم الحراب، وأما الحديث شاذّ معارض لما رواه أبو داود؛ فنحمله على شيخ غير فَانِي، جمعا بين الخبرين.

قوله: (**إِلَّا أَنْ يَكُونَ أَحَدُ هَؤُلَاءِ...**) إلى آخره فلا خلاف فيه للأئمة الأربعة، وقد صح أنه عليه السلام أمر بقتل دريد بن الصمة يوم حنين، وقد استحضروه ليدبّر لهم وكان ابن مائة وعشرين سنة، وفي رواية؛ كان ابن مائة وستين سنة، وقيل: هو أعمى أيضًا.

قوله: (**فِي حَالِ إِفَاقَتِهِ كَالصَّحِيحِ**) يعني يقتل وإن لم يقاتل؛ لقوله ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِي ٱلدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ [لقمان: ١٥].

---

(١) المغرب (ص: ٥١٠).

مَعۡرُوفٗاۖ﴾ [لقمان: ١٥] وَلِأَنَّهُ يَجِبُ عَلَيهِ إحيَاؤُهُ بِالإِنفَاقِ فَيُنَاقِضُهُ الإِطلَاقُ فِي إفنَائِهِ (فَإِن أَدرَكَهُ امتَنَعَ عَلَيهِ حَتَّى يَقتُلَهُ غَيرُهُ) لِأَنَّ المَقصُودَ يَحصُلُ بِغَيرِهِ مِن غَيرِ اقتِحَامِهِ المَأثَمَ، وَإِن قَصَدَ الأَبُ قَتلَهُ بِحَيثُ لَا يُمكِنُهُ دَفعُهُ إِلَّا بِقَتلِهِ لَا بَأسَ بِهِ؛ لِأَنَّ مَقصُودَهُ الدَّفعُ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَو شَهَرَ الأَبُ المُسلِمُ سَيفَهُ عَلَى ابنِهِ وَلَا يُمكِنُهُ دَفعُهُ إِلَّا بِقَتلِهِ يَقتُلُهُ لِمَا بَيَّنَّا فَهَذَا أَولَى، وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعلَمُ بِالصَّوَابِ.

وفي السير الكبير[1]: المراد الأبوان المشركان بدليل قوله تعالى: ﴿وَإِن جَٰهَدَاكَ لِتُشۡرِكَ بِي﴾ [لقمان:١٥]، وليس من المعروف أن يقتلهما ويتركهما جَزَرًا للسباع، وروي أنه عليه السلام منع أبا بكر عن قتل أبيه يوم بدر ولا خلاف فيه.

قوله: (امتنع عليه)، وفي الذخيرة[2]: لو ظفر على قتل أبيه لا ينبغي أن يقصده بالقتل، ولا ينبغي أن يمكنه من الرجوع، حتى لا يعود حرباً علينا، ولكنه يلجئه إلى موضع يستمسك به حتى يجيء غيره فيقتله.

قوله: (لا بأس به)؛ أي يقتل أبيه؛ لأن مقصود الابن الدفع؛ لأن الابن في هذه الحالة يؤثر حياة نفسه على حياة أبيه، وله ذلك، ألا ترى أنهما إذا كانا في سفر وعطشا ومع الابن ماء يكفي لأحدهما للابن أن يشربه، وإن كان الأب يموت عطشا فكذا هاهنا.

قوله: (لما بينا)، وهو أن المقصود الدفع فهذا أولى لأنه كافر، وكذا هذا في الأم والجد والجدة، ولو كان المشرك أخاً؛ له أن يبتدئ بقتله.

وعند الشافعي: يكره أن يقتل ذا رحم مُحَرّم من الكفار، وفي ذي رحم غير مُحَرّمٍ له وجهان: في وجه يكره، وفي وجه لا يكره، وقول مالك وأحمد كقولنا.

فإن قيل: الأب والأخ إذا كانا باغيين، لا يحل له أن يبتدئ بقتلهما، وفي الأخ المشرك يحل الابتداء بقتله فما وجه الفرق؟.

قلنا: الأخ إذا كان مسلما يجب إحياؤه بالاتفاق؛ بالكف عن قتله فكذا إذا كان باغياً، وإذا كان كافراً لا يجوز إحياؤه بالاتفاق؛ فكذا لا يجب إحياؤه

---

(١) ينظر: شرح السير الكبير للسَّرَخْسِي (ص: ١٠٦).
(٢) ينظر: البناية شرح الهداية للعيني (٧/ ١١٢).

بَابُ المُوَادَعَةِ وَمَن يَجُوزُ أَمَانَهُ

(وَإِذَا رَأَى الإِمَامُ أَن يُصَالِحَ أَهلَ الحَربِ أَو فَرِيقًا مِنهُم، وَكَانَ ذَلِكَ مَصلَحَةً لِلمُسلِمِينَ فَلَا بَأسَ بِهِ) لِقَولِهِ تَعَالَى: ﴿وَإِن جَنَحُوا لِلسَّلْمِ فَاجْنَحْ لَهَا وَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ﴾ [الأنفال: ٦١] «وَوَادَعَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَهلَ مَكَّةَ عَامَ الحُدَيبِيَةِ عَلَى أَن يَضَعَ الحَربَ بَينَهُ وَبَينَهُم عَشرَ سِنِينَ»، وَلِأَنَّ المُوَادَعَةَ جِهَادٌ مَعنى إِذَا كَانَ خَيرًا لِلمُسلِمِينَ، لِأَنَّ المَقصُودَ وَهُوَ دَفعُ الشَّرِّ حَاصِلٌ بِهِ، وَلَا يُقتَصَرُ الحُكمُ عَلَى المُدَّةِ المَروِيَّةِ لِتَعَدِّي المَعنى إِلَى مَا

بالكف عن قتله فكذا إذا كان باغياً، بخلاف الأبوين فإنه يجب إحياؤهما إذا كانا كافرين بالاتفاق؛ فكذا يجب إحياؤهما بالكف عن قتلهما.

وفي المحيط: وكذا لا يجوز قتل الأجداد والجدات المشركات، ولا خلاف فيه للأئمة الأربعة.

ولا يكره قتل ابنه المشرك، وعند الشافعي يكره؛ لأنه يكره عنده قتل ذي الرحم المُحرَّم، إلّا أن يستمع منه أو من ابنه ذكر الله تعالى بسوء أو رسوله؛ فحينئذ لم يكره عنده؛ لما روي أن عبيدة بن الجراح قتل أباه سمعه يسب النبي ﷺ فلم ينكر النبي عليه السلام صنيعه والله أعلم.

باب الموادعة ومن يجوز أمانه

لمّا ذكر القتال شرع في تركه إذ ترك الشيء يعقب وجوده، والمراد بالموادعة؛ المصالحة، وسميت المصالحة بالموادعة؛ لأنها متاركة من الودع وهو الترك.

قوله: (وكان مصلحة للمسلمين)، وإن لم يكن في الصلح مصلحة للمسلمين، لا يجوز باتفاق الفقهاء.

فإن قيل: قوله تعالى﴿وَإِن جَنَحُوا لِلسَّلْمِ فَاجْنَحْ لَهَا﴾ [الأنفال:٦١] الآية عامة فتقتضي الجواز مطلقًا.

قلنا: هذه الآية محمولة فيما إذا كانت مصلحة فيه للمسلمين بدليل آية أخرى، وهي قوله تعالى: ﴿فَلَا تَهِنُوا وَتَدْعُوا إِلَى السَّلْمِ وَأَنتُمُ الْأَعْلَوْنَ﴾ [محمد:٣٥]، وبدليل الآيات الموجبة للقتال وإلا يلزم التناقض؛ فإنا أمرنا بقتالهم وترك ما هو فرض لا يجوز بغير عذر؛ لأنه يلزم ترك الجهاد.

زَادَ عَلَيهَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا لَم يَكُن خَيرًا؛ لِأَنَّهُ تَركُ الجِهَادِ صُورَة وَمَعنى (وَإِن صَالَحَهُم مُدَّة، ثُمَّ رَأَى نَقضَ الصُّلحِ أَنفَعَ نَبَذَ إِلَيهِم وَقَاتَلَهُم) «لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَبَذَ المُوَادَعَةَ الَّتِي كَانَت بَينَهُ وَبَينَ أَهلِ مَكَّةَ»، وَلِأَنَّ المَصلَحَةَ لَمَّا تَبَدَّلَت

(صورة ومعنى) أما صورةً فظاهر، وأما معنًى فلأنها إذا لم تكن في المصالحة مصلحة لنا، لم يكن فيها دفع شرهم فلم يحصل الجهاد معنًى، وبدليل موادعة النبي عليه السلام على ما ذكر في الكتاب.

قوله: (ولا يَقْتَصِرُ الْحُكْمُ عَلَى الْمُدَّةِ المذكورة)، وهي عشر سنين؛ بل على ما يراه الإمام وبه قال مالك وأصحاب أحمد لإطلاق النص.

وقال الشافعي: لا يجوز سنة إذا كان الإمام مستظهرًا، أما إذا كان الإمام [٢/ ١٠/ب] من غير مستظهر؛ بأن يكون في المسلمين ضعف فتجوز أكثر من سنة مدة تدعو الحاجة إليها، وأكثرها عشر سنين، وفي الأصح لا يجوز أكثر من أربعة أشهر وكان ذلك في أقوى ما كان عند منصرفه من تبوك.

وروى أنه عليه السلام صالح صفوان بن أمية يوم الفتح أربعة أشهر فأسلم قبل المدة، ولا يجوز أن يصالح سنة؛ لأنها مدة الجزية، ولا يقر الكافر سنة بلا جزية، وفيما بين أربعة أشهر وسنة قولان: أصحهما المنع لأنه أمر بقتل المشركين مطلقًا وأذن في الصلح أربعة أشهر.

وقلنا: قوله تعالى: ﴿وَإِن جَنَحُوا۟ لِلسَّلْمِ﴾ الآية مطلق غير مقيد، وقد صالح النبي عليه السلام عشر سنين فعلم أن المدة غير مقتصرة بمدة لما روينا، ولما رأيت من أربعة أشهر ففوض إلى رأي الإمام، ويقدر بقدر الحاجة والمصلحة، وهي قد تزيد وتنقص لتعدي المعنى، وهو دفع الشر، كما أنه يحتمل أن تكون المصلحة فيما إذا زاد على عشر سنين.

الحديبية - بتخفيف الياء الأخيرة وقد يشد-: موضع قريب من مكة، وكان في صلح الحديبية مصلحة للمسلمين؛ لمواطأة كانت بين أهل مكة وبين أهل خيبر.

قوله: (نَبَذَ إِلَيْهِمْ)، وفي المغرب[1]: نبذ الشيء من يده؛ طرحه نبذًا ونبذ العهد نقضه، وهو بين ذلك؛ لأنه لما أضرّهم طرحه عليهم.

(١) المغرب للمطرزي (ص: ٤٥٢).

كَانَ النَّبذُ جِهَادًا، وَإِيفَاءُ العَهدِ تَركُ الجِهَادِ صُورَةً وَمَعنًى، وَلَا بُدَّ مِن النَّبذِ تَحَرُّزًا عَن الغَدرِ، وَقَد قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «فِي العُهُودِ وَفَاءٌ لَا غَدرٌ» وَلَا بُدَّ مِن اعتِبَارِ مُدَّة يَبلُغُ فِيهَا خَبَرُ النَّبذِ إِلَى جَمِيعِهِم، وَيَكتَفِي فِي ذَلِكَ بِمُضِيِّ مُدَّة يَتَمَكَّنُ مَلِكُهُم بَعدَ عِلمِهِ بِالنَّبذِ مِن إِنفَاذِ الخَبَرِ إِلَى أَطرَافِ مَملَكَتِهِ؛ لِأَنَّ بِذَلِكَ يَنتَفِي الغَدرُ. قَالَ: (وَإِنَّ بَدَؤوا بِخِيَانَة قَاتَلَهُم وَلَم يَنْبِذْ إِلَيهِم إِذَا كَانَ ذَلِك بِاتِّفَاقِهِم) لِأَنَّهُم صَارُوا نَاقِضِينَ لِلعَهدِ فَلَا حَاجَةَ إِلَى نَقضِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا دَخَلَ جَمَاعَةٌ مِنهُم فَقَطَعُوا الطَّرِيقَ وَلَا مَنَعَةَ لَهُم حَيثُ لَا يَكُونُ هَذَا نَقضًا لِلعَهدِ، وَلَو كَانَت لَهُم مَنَعَةٌ وَقَاتَلُوا المُسلِمِينَ عَلَانِيَة، يَكُونُ نَقضًا لِلعَهدِ فِي حَقِّهِم دُونَ غَيرِهِم؛ لِأَنَّهُ بِغَيرِ إِذنِ مَلِكِهِم، فَفِعلُهُم لَا يُلزِمُ غَيرَهُم حَتَّى لَو كَانَ بِإِذنِ مَلِكِهِم صَارُوا نَاقِضِينَ لِلعَهدِ، لِأَنَّهُ بِاتِّفَاقِهِم مَعنى.

(وَإِذَا رَأَى الإِمَامُ مُوَادَعَةَ أَهلِ الحَربِ وَأَن يَأْخُذَ عَلَى ذَلِكَ مَالًا فَلَا بَأسَ بِهِ) لِأَنَّهُ لَمَّا جَازَت المُوَادَعَةُ بِغَيرِ المَالِ فَكَذَا بِالمَالِ، لَكِن هَذَا إِذَا كَانَ بِالمُسلِمِينَ حَاجَةٌ، أَمَّا إِذَا لَم تَكُن لَا يَجُوزُ لِمَا بَيَّنَّا مِن قَبلُ، وَالمَأخُوذُ مِن المَالِ يُصرَفُ مَصَارِفَ الجِزيَةِ، هَذَا إِذَا لَم يَنزِلُوا بِسَاحَتِهِم بَل أَرسَلُوا رَسُولًا؛ لِأَنَّهُ فِي مَعنَى الجِزيَةِ، أَمَّا إِذَا أَحَاطَ الجَيشُ بِهِم ثُمَّ أَخَذُوا المَالَ فَهُوَ غَنِيمَةٌ يُخَمِّسُهَا وَيُقَسِّمُ البَاقِيَ بَينَهُم، لِأَنَّهُ مَأخُوذٌ بِالقَهرِ ....

قال عليه السلام في العهود: «وفَاءٌ» أي هي وفاء، وقال تعالى: ﴿وَإِمَّا تَخَافَنَّ مِن قَوْمٍ خِيَانَةً فَانْبِذْ إِلَيْهِمْ عَلَىٰ سَوَآءٍ﴾ [الأنفال:٥٨]؛ أي على سواء منكم ومنهم في العلم بذلك؛ فعلم أنه لا يحل قتالهم قبل النبذ وقبل علمهم بذلك.

قوله: (لما بينّا من قبل)، وهو أنه ترك الجهاد صورة ومعنى.

قوله: (إذا لم ينزلوا بساحتهم)؛ أي بدار أهل الحرب للحرب؛ لأنه المأخوذ منهم بعد نزول العسكر بدار الحرب للحرب.

(مأخوذ قهرا) معنى فكأنما المأخوذ قهرا صورة ومعنى وهو المأخوذ بعد الفتح[1].

---

(١) كُررت جملة في الأصل.

مَعنى (وَأَمَّا المُرتَدُّونَ فَيُوَادِعُهُم الإِمَامُ حَتَّى يَنظُرَ فِي أَمرِهِم) لِأَنَّ الإِسلَامَ مَرجُوٌّ مِنهُم، فَجَازَ تَأخِيرُ قِتَالِهِم طَمَعًا فِي إِسلَامِهِم (وَلَا يَأخُذُ عَلَيهِ مَالًا) لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَخذُ الجِزيَةِ مِنهُم لِمَا نُبَيِّنُ (وَلَو أَخَذَهُ لَم يَرُدَّهُ) لِأَنَّهُ مَالٌ غَيرُ مَعصُوم، وَلَو حَاصَرَ العَدُوُّ المُسلِمِينَ وَطَلَبُوا المُوَادَعَةَ عَلَى مَال يَدفَعُهُ المُسلِمُونَ إِلَيهِم، لَا يَفعَلُهُ الإِمَامُ، لِمَا فِيهِ مِن إِعطَاءِ الدَّنِيَّةِ وَإِلحَاقِ المَذَلَّةِ بِأَهلِ الإِسلَامِ، إِلَّا إِذَا خَافَ الهَلَاكَ، ......

قوله: (وَأَمَّا الْمُرْتَدُّونَ) وكذا الباغون فتجوز موادعتهم حتى ينظروا في أمرهم؛ لأنه ترك القتال لمصلحة فجاز كما في حق أهل الحرب.

(ولا يأخذ عليه)؛ أي على تأخير قتالهم (مالا)؛ لأن في أخذ المال تقريرا على ذلك، وتقرير المرتد على الردة لا يجوز، ولأنه يشبه الجزية، (ولو أخذ لا يرده)؛ لأن في الرد عليهم معونة على القتال لهم.

قوله: (لما فيه)؛ أي في ذلك الصلح (من إعطاء الدنية)؛ أي النقيصة، ومنها قول عمر رضي الله عنه: إن الله تعالى أعزَّ الإسلام فلِمَ نُعْطِ الدنية في ديننا ذكره في المغرب(١)، في الحديث: «ليسَ للمُؤمِنِ أن يُذِلَّ نفسَهُ»(٢) (إلا إذا خاف)؛ أي الإمام (الهلاك) على نفسه وسائر المسلمين كما قال تعالى: ﴿هُنَالِكَ ٱبْتُلِيَ ٱلْمُؤْمِنُونَ وَزُلْزِلُوا۟ زِلْزَالًا شَدِيدًا ۝١١﴾ [الأحزاب:١١].

بعث النبي صلى الله عليه وسلم إلى عُيَينَة بن حصن وطلب منه أن يرجع بمن معه على أن يعطيه كل سنة ثلث ثمار المدينة فأبَى إلا النصف فلما حضر رسله ليكتبوا بين يدي النبي عليه السلام، قام سيد الأنصار سعد بن معاذ وسعد بن عبادة رضي الله عنهما وقالا: يا رسول الله إن كان هذا عن وحي فامضِ بما أمرت به، وإن كان رأيًا رأيته فقد كنا نحن وهم في الجاهلية، لم يكن لنا ولهم دين، وكانوا لا يطمعون في ثمار المدينة إلا بشراء أو قِرى؛ فإذا أعزنا الله بالدين، وبعث فينا رسوله نعطيهم الدنية لا نعطيهم إلا السيف.

---

(١) المغرب للمطرزي (ص: ١٦٩).

(٢) أخرجه الترمذي (٤/ ٩٣ رقم ٢٢٥٤) وابن ماجه (٢/ ١٣٣٢ رقم ٤٠١٦) من حديث حذيفة بن اليمان رضي الله عنه قال الترمذي: حسن غريب.

لِأَنَّ دَفعَ الهَلَاكِ وَاجِبٌ بِأَيِّ طَرِيق يُمكِنُ (وَلَا يَنبَغِي أَن يُبَاعَ السِّلَاحُ مِن أَهلِ الحَربِ، وَلَا يُجَهَّزُ إِلَيهِم) لِأَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَن بَيعِ السِّلَاحِ مِن أَهلِ الحَربِ وَحَملِهِ إِلَيهِم، وَلِأَنَّ فِيهِ تَقوِيَتَهُم عَلَى قِتَالِ المُسلِمِينَ، فَيُمنَعُ مِن ذَلِكَ، وَكَذَا الكُرَاعُ لِمَا بَيَّنَّا، ....

فقال عليه السلام: «**إنِّي رأيتُ العربَ رَمَتْكُمْ بقوسٍ واحدةٍ** -أي: شديد الاجتماع- **على المعاد فأحببتُ أنْ أصرفَهُم عنكُم فإنْ أبيتُم إلَّا ذلك فَأنتُم وذاك فاذهبُوا فلا نعطيكُم إلَا السَّيف**»[(١)] فقد مال عليه السلام إلى الصلح في الابتداء لما أحس الضعف بالمسلمين؛ فحين رأى القوة لهم امتنع عن ذلك، وقد كان عليه السلام يعطي المؤلفة قلوبهم من الصدقة؛ لدفع ضررهم؛ فدل أنه لا بأس به عند خوف الضرر كذا في المبسوط[(٢)].

قوله: (لأن دفع الهلاك واجب) بأي طريق كان، وهذا لا يجري على عمومه فإنه لو لم يكن دفع الهلاك عن نفسه إلا بإجراء كلمة الكفر، ينبغي أن يجب إجراؤها حيث لا يجب؛ بل هو ترخص فيه، وكذا لو أكرهه بقتل نفسه أن يقتل غيره لا يجب عليه قتل الغير؛ بل الصبر عن قتل الغير هو الواجب حتى لو صبر على الصورتين كان شهيدا؛ فعلم أن المراد **(بأي طريق)** كان سوى المستثنيات التي لا إباحة في مباشرتها شرعا.

قوله: (وَلَا يُجَهِّزُ إِلَيْهِمْ)؛ أي لا يبعث التجار إليهم بالجهاز، وهو فاخر المتاع والمراد هنا السلاح والكراع والحديد.

وقوله: (لما بينا) إشارة إلى قوله: **(لأن فيه تقويتهم)** يقال: مَارَاهُ؛ أي أتاهم بالميرة، وهو الطعام، ولو شرطوا في الصلح أن يرد [٢/ ١١/أ] عليهم الإمام من جاءنا مسلما منهم بطل الشرط، ولم يجب الوفاء به عندنا.

وبه قال مالك وقال الشافعي وأحمد في رواية: يجب الوفاء به في الرجال

---

(١) أخرجه البيهقي في دلائل النبوة (٣/ ٤٣٠) بسنده عن ابن إسحاق قال حدثنا عاصم بن عمر بن قتادة أن رسول الله ﷺ بعث إلى عيينة بن حصن والحارث بن عوف، وهما قائدا غطفان... وذكر القصة.
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٠/ ٨٧).

وَكَذَلِكَ الحَدِيدُ لِأَنَّهُ أَصلُ السِّلَاحِ، وَكَذَا بَعدَ المُوَادَعَةِ؛ لِأَنَّهَا عَلَى شَرَفِ النَّقضِ أَو الِانقِضَاءِ فَكَانُوا حَربًا عَلَينَا، وَهَذَا هُوَ القِيَاسُ فِي الطَّعَامِ وَالثَّوبِ، إِلَّا أَنَّا عَرَفنَاهُ بِالنَّصِّ «فَإِنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَمرَ ثُمَامَةَ أَن يَمِيرَ أَهلَ مَكَّةَ وَهُم حَربٌ عَلَيهِ».

فَصْلٌ: [بَيَانُ أَحْكَامِ الأَمَانِ]

(إِذَا أَمَّنَ رَجُلٌ حُرٌّ أَو امرَأَةٌ حُرَّةٌ كَافِرًا أَو جَمَاعَةً أَو أَهلَ حِصنٍ أَو مَدِينَةٍ، صَحَّ أَمَانُهُم وَلَم يَكُن لِأَحَد مِن المُسلِمِينَ قِتَالُهُم) وَالأَصلُ فِيهِ قَولُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «المُسلِمُونَ تَتَكَافَأُ دِمَاؤُهُم وَيَسعَى بِذِمَّتِهِم أَدنَاهُم» أَي أَقَلُّهُم، وَهُوَ الوَاحِدُ ....

دون النساء؛ لأنه عليه السلام فعل ذلك بأهل مكة.

ولو شرط رد النساء المهاجرات لا يجب على الإمام الرد؛ فإذا جاءت مسلمة مهاجرة إلينا أو شرط بقوله: من جاءنا منكم لا يجب على الإمام رد النساء.

وهل يغرم المهر؟ فيه قولان: له في قول: لا يغرم، وهو قولنا ومالك وأحمد، وفي قول: يغرم.

وقلنا: إن شرط الرد مخالف للنص قال تعالى: ﴿فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَٰتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى ٱلْكُفَّارِ﴾ [الممتحنة:١٠] الآية، وما روى نسخ بما تلونا.

فصل

ألحق فصل الأمان بالموادعة؛ لما أن كلًّا منهما سبب ترك القتال إلا أن الموادعة من الإمام فقدمها لتقدم فاعلها.

قوله: (صَحَّ أَمَانُهُمْ)؛ أي أمان تلك الجماعة الكفار، أو أهل الحصن أضاف المصدر إلى المفعول.

قوله: (تَتَكَافَأُ)؛ أي تتماثل. **(بذمتهم)**؛ أي بعهدهم فإضافة المصدر إلى الفاعل هاهنا **(أدناهم)**؛ أي أقلهم **(وهو الواحد)**؛ لأنه لا أقل منه. والمراد بالذمة العهد مؤقتا كان أو مؤبدا وذلك الأمان وعقد الذمة.

وإنما فسر الأدنى بالأقل هاهنا؛ احترازًا عن تفسير محمد حيث فسره

وَلِأَنَّهُ مِن أَهلِ القِتَالِ فَيَخَافُونَهُ، إذ هُوَ مِن أَهلِ المَنَعَةِ فَيَتَحَقَّقُ الأَمَانُ مِنهُ لِمُلَاقَاتِهِ مَحَلَّهُ، ثُمَّ يَتَعَدَّى إِلَى غَيرِهِ، وَلِأَنَّ سَبَبَهُ لَا يَتَجَزَّأُ وَهُوَ الإِيمَانُ، وَكَذَا الأَمَانُ لَا يَتَجَزَّأُ فَيَتَكَامَلُ كَوِلَايَةِ الإِنكَاحِ.

بالعبد؛ لأنه أدنى المسلمين فجعل الأدنى هاهنا من الدناءة، وجعله غيره من الدنو (**لأنه**)؛ أي لأن الواحد سواء كان رجلا أو امرأة (**من أهل القتال**) بالتسبيب إما بنفسها، بأن تخرج للمداواة والخير، وذلك منها جهاد، أو بمالها أو بعبيدها.

وأما قوله عليه السلام: «**هَاه ما كانَتْ هذهِ تُقاتِلُ**»؛ أي بنفسها.

وفي المبسوط[(١)]: أن زينب بنت رسول الله ﷺ أمنت زوجها أبا العاص بن الربيع؛ فأجاز رسول الله أمانها.

وعن أم هانئ: أجرْتُ حَمَوينِ لي يوم فتح مكة فدخل عليٌّ يريد قتلهما فقال: أتجيرين المشركين! فقالت: لا إلا أن يبدآني قتلهما وأخرجته من البيت وغلقت الباب عليهما ثم أتيت رسول الله ﷺ فلما رآني قال: «**مرحبًا بأمِّ هانئٍ**» قلت: ماذا لقيت من ابن أمي عليّ أجرت حَمَوين لي، وأراد قتلهما قال عليه السلام: «**ليسَ لهُ ذلِكَ قد أجَرْنا من أجَرْتِ وأمّنّا مَنْ أمّنتِ**»[(٢)].

(**فيتحقق الأمان منه**)؛ أي من واحد، (**لملاقاته**)؛ أي لملاقاة الأمان (**محله**)؛ أي محل الأمان، وهو محل الخوف إذ الأمان إزالة الخوف، وهو موجود فيهما على ما ذكرنا. (**ثم يتعدى**)؛ أي الأمان (**إلى غيره**)؛ أي غير الذي أمن من أهل الإسلام كما في شهادة هلال رمضان.

(**ولأن سببه**)؛ أي سبب الأمان (**لا يتجزأ**) وهو الإيمان بالقلب أو هو الإسلام لا يتجزأ فكذا الأمان لا يتجزأ (**فيتكامل**)؛ أي ينفرد كل به؛ أي كل مسلم لكمال سببه في حقه كالتزويج بولاية القرابة فإن الصغيرة، إذا كان لها أخوان ينفرد كل واحد منهما بولاية التزويج؛ لأن سببها الأخوة لا تتجزأ.

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٠/ ٦٩).

(٢) أخرجه البخاري (١/ ٨٠ رقم ٣٥٧)، ومسلم (١/ ٤٩٨ رقم ٣٣٦) من حديث أم هانئ.

قَالَ: (إِلَّا أَن يَكُونَ فِي ذَلِكَ مَفسَدَةٌ. فَيُنْبِذُ إِلَيهِم) كَمَا إِذَا أَمَّنَ الإِمَامُ بِنَفسِهِ ثُمَّ رَأَى المَصلَحَةَ فِي النَّبذِ وَقَد بَيَّنَّاهُ.

وَلَو حَاصَرَ الإِمَامُ حِصنا وَأَمَّنَ وَاحِدٌ مِن الجَيشِ وَفِيهِ مَفسَدَةٌ يَنبِذُ الإِمَامُ لِمَا بَيَّنَّا، وَيُؤَدِّبُهُ الإِمَامُ لِافتِيَاتِهِ عَلَى رَأيِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ فِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّهُ رُبَّمَا تَفُوتُ المَصلَحَةُ بِالتَّأخِيرِ فَكَانَ مَعذُورًا (وَلَا يَجُوزُ أَمَانُ ذِمِّيٍّ) لِأَنَّهُ مُتَّهَمٌ بِهِم، وَكَذَا لَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَى المُسلِمِينَ. قَالَ: (وَلَا أَسِير وَلَا تَاجِر يَدخُلُ عَلَيهِم) لِأَنَّهُمَا مَقهُورَانِ تَحتَ أَيدِيهِم فَلَا يَخَافُونَهُمَا وَالأَمَانُ يَختَصُّ بِمَحَلِّ الخَوفِ وَلِأَنَّهُمَا يُجبَرَانِ عَلَيهِ فِيهِ، فَيَعرَى الأَمَانُ عَن المَصلَحَةِ، وَلِأَنَّهُم كُلَّمَا اشتَدَّ الأَمرُ عَلَيهِم يَجِدُونَ أَسِيرًا أَو تَاجِرا فَيَتَخَلَّصُونَ بِأَمَانِهِ فَلَا يَنفَتِحُ لَنَا بَابُ الفَتحِ.

وَمَن أَسلَمَ فِي دَارِ الحَربِ وَلَم يُهَاجِر إِلَينَا، لَا يَصِحُّ أَمَانُهُ لِمَا بَيَّنَّا (وَلَا يَجُوزُ أَمَانُ العَبدِ المَحجُورِ عَلَيهِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ إِلَّا أَن يَأذَنَ لَهُ مَولَاهُ فِي القِتَالِ، وَقَالَ

(وقد بيناه) أي في باب الموادعة، وكذا (لما بيّنا) إشارة إلى ما ذكر في باب الموادعة، (ثم رأى) نقض الصلح (نبذ إليهم...) إلى آخره.

قوله: (**لافتياته**)؛ أي لسبقه على رأي الإمام في أمر الحرب وحقيقة الافتئات الاستبداد بالرأي، وأصله الافتوات قلبت الواو بالياء لكسرة ما قبلها، وهو افتعال من الفوت والسبق.

قوله: (**أي الذمي متهم بهم**)؛ لأنه يوافقهم اعتقادا أو يميل إليهم، ولأنه لم يوجد في حقه سبب ولاية الأمان وهو الإيمان.

وعن مالك يصح أمانه؛ لأن له ذمة فكان تابعا للمسلمين، والمشهور منه لا يصح كقول الجماعة.

(**ولا تاجر ولا أسير**)، ولا يصح أمان الخائف وبه قال مالك.

وقال الشافعي: إن لم يستأمنوا من التاجر والمسلم الذي بين أظهرهم؛ لم يصح أمانه في وجه وفي وجه يصح والأول أصح، أما لو أكرهوه أو استأمنوه لا يصح وجهاً واحداً.

قوله: (**لما بيّنا**) إشارة إلى **قوله**: (**إن الأمان يختص بمحل**).

مُحَمَّدٌ: يَصِحُّ)(*) وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ، وَأَبُو يُوسُفَ مَعَهُ فِي رِوَايَة، وَمَعَ أَبِي حَنِيفَةَ فِي رِوَايَة، لِمُحَمَّد: قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «أَمَانُ العَبدِ أَمَانٌ» رَوَاهُ أَبُو مُوسَى الأَشعَرِيُّ، وَلِأَنَّهُ مُؤمِنٌ مُمتَنِعٌ فَيَصِحُّ أَمَانُهُ اعتِبَارًا بِالمَأذُونِ لَهُ فِي القِتَالِ وَبِالمُؤَبَّدِ، مِن الأَمَانِ، فَالإِيمَانُ لِكَونِهِ شَرطًا لِلعِبَادَةِ، وَالجِهَادُ عِبَادَةٌ، وَالِامتِنَاعُ لِتَحَقُّقِ إِزَالَةِ الخَوفِ بِهِ، وَالتَّأثِيرُ إِعزَازُ الدِّينِ، وَإِقَامَةُ المَصلَحَةِ فِي حَقِّ جَمَاعَةِ المُسلِمِينَ؛ إِذ الكَلَامُ فِي مِثلِ هَذِهِ الحَالَةِ، وَإِنَّمَا لَا يَملِكُ المُسَايَفَةَ لِمَا فِيهِ مِن تَعطِيلِ مَنَافِعِ

قوله: (وقال الشافعي)، وبه قال مالك وأحمد وأبو يوسف في رواية للحديث المذكور.

وعن عمر قال: إن أول أمان واحد من المسلمين كيف أرده حين أعلم بأمان عبد، ولأنه مؤمن من أهل القتال؛ لأن تأثير الإذن في رفع المانع لا في إثبات الأهلية لمن ليس بأهل، ولأن الأمان ترك القتال، فلا يستفاد بالإذن في القتال لأنه ضده، وبعد الإذن هو في الأمان ليس بنائب عن سيده حتى يعتبر دينه لا دين سيده؛ فدل أنه إنما كان أهلا لكونه مسلما إذ الإسلام شرط صحة العبادة .**(والجهاد عبادة)**، والأمان [٢/ ١١/ ب] جهاد معنى من أهل القتال.

قوله: (مُؤْمِنٌ مُمْتَنِعٌ)؛ أي ذي قوة وامتناع يعني له نية صالحة للقتال.

قوله: (وبالمؤبد من الأمان) وهو عقد الذمة حيث يصح عقد الذمة منه بالاتفاق، وعقد الذمة أقوى من الأمان فيستدل بصحة الأقوى على صحة الأدنى بالطريق الأولى.

وقوله: (فالإيمان)؛ أي شرطنا الإيمان ليصح منه الأمان كما ذكرنا أنه جهاد معنى، **(والامتناع)**؛ أي شرطنا كونه ذا امتناع وقوة؛ ليتحقق إزالة الخوف فيكون الأمان في محله.

قوله: (وَإِنَّمَا لَا يَمْلِكُ الْمُسابقة)(١)؛ أي القتال يعني إنما حجر عن القتال للمسايفة؛ لما فيه من الضرر بالمولى؛ فربما يقتل فتفوت ماليته، ولأنه يقوّم

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) كذا في الأصول الخطية، وتقدم في المتن: (الْمُسَايَفَة)، وهو الذي درج عليه شراح الهداية، وانظر: العناية شرح الهداية للبابرتي (٥/ ٤٦٦)، وفتح القدير لابن الهمام (٥/ ٤٦٦).

الْمُوَلَّى وَلَا تَعطِيلَ فِي مُجَرَّدِ القَولِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهُ مَحجُورٌ عَن القِتَالِ فَلَا يَصِحُّ أَمَانُهُ، لِأَنَّهُم لَا يَخَافُونَهُ فَلَم يُلَاقِ الأَمَانُ مَحَلَّهُ، بِخِلَافِ المَأذُونِ لَهُ فِي القِتَالِ، لِأَنَّ الخَوفَ مِنهُ مُتَحَقِّقٌ، وَلِأَنَّهُ إِنَّمَا لَا يَملِكُ المُسَابَقَةَ لِمَا أَنَّهُ تَصَرُّفٌ فِي حَقِّ المُوَلَّى عَلَى وَجه لَا يَعْرَى عَن احتِمَالِ الضَّرَرِ فِي حَقِّهِ، وَالأَمَانُ نَوعُ قِتَال وَفِيهِ مَا ذَكَرنَاهُ؛ لِأَنَّهُ قَد يُخطِئُ، بَل هُوَ الظَّاهِرُ، وَفِيهِ سَدُّ بَابِ الِاستِغنَامِ، بِخِلَافِ المَأذُونِ، لِأَنَّهُ رَضِيَ بِهِ ....

بمنفعة البدن، إذ لا مال له حتى يقوم جهاده؛ فيقوم الجهاد بمنفعة بدنه ومنافع بدنه مستحقة للمولى.

قوله: (**ولا تعطيل**)؛ أي (**ولا تعطيل**) المنافع (**بمجرد القول**)، وهو الأمان بل فيه نفع يعود إلى المولى وغيره من المسلمين؛ إذ الكلام في موضع يكون في أمانه مصلحة لهم.

قوله: (**ولأبي حنيفة**)، وبه قال مالك في رواية سحنون عنه؛ أي (**العبد محجور عن القتال فلا يصح أمانه لأنهم لا يخافونه**)؛ فلا يقع الأمان في محله.

قوله: (**وَالْأَمَانُ نَوْعُ قِتَالٍ**)؛ لأن القتال ما شرع لعين المسابقة[1] والمقاتلة، وإنما شرع لكونه سببا لكسر شوكة العدو ودفع شرهم وإعزاز الدين، وهذا كما يحصل بالقتال يحصل بالأمان أيضًا؛ فإن الأمان شرع حال ضعف المسلمين وقوة الكفار، ولا شك أن كسر شوكتهم وإعزاز الدين يحصل في هذه الحالة بالأمان؛ فثبت أن الأمان قتال معنى، والعبد لا يملك القتال بغير إذن المولى فكذا لا يملك الأمان.

وهذا لأنه قد يخطئ لأن الخيرية في الأمان مستورة لا يعرفه إلا من يكون مشغولا، والعبد محجور عنه فيتحقق الضرر وهذا معنى قوله: (**وفيه**) أي في الأمان (**ما ذكرناه**) وهو إلحاق الضرر بالمولى.

(**وفيه**)؛ أي في الأمان (**سد باب الاستغنام**)، والاسترقاق يعني تصرفه لما يوهم الضرر بالمولى، وفي حق جميع المسلمين بخلاف المأذون له في القتال (**لأنه**) أي المولى (**رضي به**).

---

(١) انظر التعليق السابق.

وَالخَطَأُ نَادِرٌ لِمُبَاشَرَتِهِ القِتَالَ، وَبِخِلَافِ المُؤَبَّدِ، لِأَنَّهُ خَلَفَ عَنِ الإِسلَامِ فَهُوَ بِمَنزِلَةِ الدَّعوَةِ إِلَيهِ، وَلِأَنَّهُ مُقَابَلٌ بِالجِزيَةِ، وَلِأَنَّهُ مَفرُوضٌ عِندَ مَسأَلَتِهِم ذَلِكَ، وَإِسقَاطُ الفَرضِ نَفعٌ فَافتَرَقَا. وَلَو أَمِنَ الصَّبِيُّ وَهُوَ لَا يَعقِلُ لَا يَصِحُّ كَالمَجنُونِ وَإِن كَانَ يَعقِلُ وَهُوَ مَحجُورٌ عَنِ القِتَالِ فَعَلَى الخِلَافِ، وَإِن كَانَ مَأذُونا لَهُ فِي القِتَالِ فَالأَصَحُّ أَنَّهُ يَصِحُّ بِالِاتِّفَاقِ.

قوله: (والخطأ نادر) يعني احتمال الخطأ في الأمان لمباشرة العبد القتال؛ فالظاهر أنه إذا باشر القتال يعرف الخيرية في الأمان، ولا يخطئ إلا نادرا، والمروي محمول على المأذون.

(وبخلاف المؤبد): وهو عقد الذمة. **(لأنه)** أي المؤبد **(خلف عن الإسلام)** فكان كالدعوة إلى الإسلام، وللعبد ولاية عرض الإسلام على غيره.

(ولأنه) أي عقد الذمة أمان **(مقابَل بالجزية)** وفيه نفع للمسلمين. **(ولأنه)** أي الأمان المؤبد **(مفروض)**؛ أي فريضة **(عند مسألتهم)** يعني الكفار إذا طلبوا عقد الذمة يفترض على الإمام إجابتهم إليه، وإسقاط الفرض عن الإمام وغيره نفع محض؛ فيصح منه كقبول الهبة والصدقة.

وفي المبسوط[1]: ولو اعتبر ما سبق من العقد احتسب عليهم بتلك المدة لا الجزية، ولو لم يعتبر كان ابتداء المدة من الحال لكونه محض منفعة حكمنا بصحته من العبد، فأما الأمان متردد بين النفع والضرر، ولهذا لا يفترض إجابة الكفار، وفيه إبطال حق المسلمين في الاستغنام.

قوله: (وهو) أي الصبي **(لا يعقل)** لا يصح، وبه قالت الأئمة الثلاثة كالمجنون.

قوله: (فعلى هذا الخلاف)، يعني لا يصح عند أبي حنيفة وبه قال الشافعي وأحمد في وجه؛ لأن قوله غير معتبر كما في الطلاق والعتاق.

وعند محمد: يصح وبه قال مالك وأحمد.

قوله: (والأصح أنه يصح بالاتفاق)؛ أي باتفاق أصحابنا ومالك وأحمد؛ لأنه تصرف دائر بين النفع والضر كالبيع فيملكه الصبي بعد الإذن.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٥/ ٢٦- ٢٧).

بَابُ الغَنَائِمِ وَقِسمَتِهَا

(وَإِذَا فَتَحَ الإِمَامُ بَلدَة عَنوَة) أي قَهرًا (فَهُوَ بِالخِيَارِ: إن شَاءَ قَسَّمَهُ بَينَ

باب الغنائم وقسمتها

لما ذكر القتال وما يسقط به القتال وهو الصلح والأمان، شرع في بيان ما يحصل بالقتال.

وفي المغرب[1] عن أبي عبيد؛ ما نِيلَ من الكفار عَنوة والحرب قائمة؛ فهو غنيمة يخمس وأربعة أخماسه للغانمين خاصة. والفيء؛ ما نيل منهم بعد وضع الحرب، وصيرورة الدار دار الإسلام فحكمه أن يكون لكافة المسلمين، لا يخمس كالخراج والجزية. والنفل؛ ما يعطي الإمام الغازي زيادة على سهمه ومنه النفل والنافلة.

وفي الذخيرة: يجب أن يعلم بالاتفاق في قوله تعالى: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْأَنفَالِ﴾ [الأنفال:١] الغنائم؛ لأنها زيادة على محللات هذه الأمة؛ فإن الغنائم حرام على الأمم الماضية، وأحلت لهذه الأمة زيادة ما يحصل للغازي من المقصود الأصلي، وهو الثواب، أما لفظ النفل يستعمل في عرف الفقهاء؛ فيما يعطي الإمام زيادة على [٢/ ١٢/أ] سهمه.

وقوله: **(أي قهرا)** هذا ليس بتفسير له لغة؛ لأن عنا عنوًا بمعنى ذلَّ وخضع، وهو لازم، وقهر متعد؛ بل يكون تفسيره من طريق شعور الذهن لا من الذلة يلزم القهر أو أن الفتح بالذلة؛ فيكون تفسيرا بلازمه.

قوله: **(إن شاء قسمه)**؛ أي البلدة على تأويل البلد ووضع على رؤوسهم الجزية وبه صرح في الزيادات وهذا عندنا.

وقال الشافعي وأحمد: تقسم الأراضي أيضًا ولا يتركها في أيديهم.

وقال مالك في المشهور عنه: أراضي الكفار المأخوذة قهرًا وَقْفٌ تُصرَفُ في مصالح المسلمين، وعن مالك في رواية يقسمها وعنه في رواية الإمام يُخيَّر كما قلنا.

---

(١) المغرب للمطرزي (ص: ٢٤٦).

المُسلِمِينَ) كَمَا فَعَلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِخَيبَرَ (وَإِن شَاءَ أَقَرَّ أَهلَهُ عَلَيهِ وَوَضَعَ عَلَيهِم الجِزيَةَ، وَعَلَى أَرَاضِيهِم الخَرَاجَ) كَذَلِكَ فَعَلَ عُمَرُ رضي الله عنه بِسَوَادِ العِرَاقِ بِمُوَافَقَةِ مِن الصَّحَابَةِ، وَلَم يُحمَد مَن خَالَفَهُ، وَفِي كُلٍّ مِن ذَلِكَ قُدوَةٌ فَيَتَخَيَّرُ.

للشافعي عموم قوله تعالى: ﴿وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمۡتُم مِّن شَيۡءٖ﴾ [الأنفال:٤١] الآية، ولأن الأراضي صارت حقًّا للغانمين عندكم وملكاً لهم عندي بالاستيلاء؛ فلا يجوز إبطال ملكهم أو حقهم إلا ببدل يعدلها.

والخراج لا يعدلها لقلته بخلاف الرقاب أن للإمام أن يبطل حقهم أصلا بالقتل؛ فالعوض القليل أولى لأنها خلقت في الأصل أحرارًا فالإمام إذا استرقهم بدَّل حكم الأصل وإذا جعلهم أحرارًا بقي حكم الأصل.

وله في فتح السواد وجوه:

أحدها؛ أنه فتح صلحًا لا قهرًا، والمشهور عن أصحابه أنه فتح عنوة، وقسم أراضي السواد في جملة الغنائم فجعل الأراضي لأهل الخمس، ثم استطاب قلوبهم والمنقولات للغانمين والصحيح المشهور أنه خصصها بأهل الخمسن ثم استطاب قلوبهم عنها واستردها وردها على أربابهم بخراج يؤدونه كل سنة.

وقال ابن سريج: باعها من أهلها بثمن منجم وفتحت مكة صلحا لا عنوة فيجوز بيع أراضيها عنده.

ولنا؛ حديث فتح مكة فإنها فتحت عنوة وتركت في أيديهم وأبنيتها مما تملك ولم يقسمها بين الغانمين لقوله تعالى: ﴿وَهُوَ ٱلَّذِي كَفَّ أَيۡدِيَهُمۡ عَنكُمۡ وَأَيۡدِيَكُمۡ عَنۡهُم بِبَطۡنِ مَكَّةَ مِنۢ بَعۡدِ أَنۡ أَظۡفَرَكُمۡ عَلَيۡهِمۡۚ﴾ [الفتح:٢٤]، والظفر في القتال يكون لا في الصلح، وقال عليه السلام يومئذ: «**مَنْ دخلَ دارَ أبي سفيانَ فهوَ آمنٌ، ومَنْ ألقى السِّلاحَ فهوَ آمنٌ**»(١).

ولو كان الأمن ثابتا بالصلح لما احتيج إلى ذلك، وقصة أم هانئ مع علي دليل عليه أيضًا؛ فأجمع أهل العلم أنها فتحت عنوة وفتح السواد عنوة وهو مشهور في كتب المغازي.

---

(١) أخرجه مسلم (٢/ ١٠١٤٧٧ رقم ١٧٨٠) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

وَقِيلَ: الأَولَى هُوَ الأَوَّلُ عِندَ حَاجَةِ الغَانِمِينَ، وَالثَّانِي عِندَ عَدَمِ الحَاجَةِ، لِيَكُونَ عِدَّة فِي الزَّمَانِ الثَّانِي، وَهَذَا فِي العَقَارِ. أَمَّا فِي المَنقُولِ المُجَرَّدِ لَا يَجُوزُ المَنُّ بِالرَّدِّ عَلَيهِم؛ لِأَنَّهُ لَم يَرِد بِهِ الشَّرعُ فِيهِ، وَفِي العَقَارِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ، لِأَنَّ فِي المَنِّ إبطَالَ حَقِّ الغَانِمِينَ أَو مِلكِهِم فَلَا يَجُوزُ مِن غَيرِ بَدَل يُعَادِلُهُ، وَالخَرَاجُ غَيرُ مُعَادِلٍ لِقَتلِهِ، بِخِلَافِ الرِّقَابِ لِأَنَّ لِلإِمَامِ أَن يُبطِلَ حَقَّهُم رَأسا بِالقَتلِ، وَالحُجَّةُ عَلَيهِ

ومن عمر حين فتح السواد عنوة على أهلها بأن ضرب الخراج على أراضيهم، وضرب الجزية على رؤوسهم، ولم يقسم بين الغانمين محتجًّا بقوله ﴿مَّآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ﴾ إلى قوله: ﴿وَٱلَّذِينَ جَآءُو مِنۢ بَعۡدِهِمۡ﴾ [الحشر:٧-١٠]؛ أي: أن الغنيمة لله ولرسوله إلى آخره، ﴿وَٱلَّذِينَ جَآءُو مِنۢ بَعۡدِهِمۡ﴾؛ فالله تعالى جعل للذين يحبون من بعد المهاجرين والأنصار نصيبا في الفيء كما جعل للمهاجرين والأنصار الموجودين، ولو كانت القسمة حتما، لم يكن لمن يجيء من بعدهم في الفيء نصيب، وإنما يكون لهم بالمن بوضع الخراج والجزية.

ولهذا قرأ عمر رضي الله عنه على الصحابة حين استشارهم ولم يخالف على ذلك إلا نفر يسير مثل بلال وسلمان وأبي هريرة حتى دعاهم على المنبر فقال: اللَّهُمّ اكفني بلالا وأصحابه فلم يحملوا عليه وندموا ورجعوا إلى رأيه كذا في المبسوط[١]، وفيه فما حال عليهم الحول إلا ماتوا جميعًا.

قوله: (**وقيل: الأولى هو الأول عند الحاجة**) كما فعل النبي ﷺ بخيبر فإنه كان عند حاجة المسلمين. (**والثاني**) أولى (**عند عدم الحاجة**) كما فعل عمر رضي الله عنه بسواد العراق عند عدم الحاجة ليكون عدة في الزمان الثاني.

قوله: (**أما في المنقول المجرد**) قيد به؛ لأنه جاز المنُّ بالرقاب تبعا للأراضي؛ لأنه عليه السلام منَّ على أهل مكة برقابهم مع أراضيهم، أما في الرقاب المجرد تعلق بها حق الغانمين (**ولم يرد الشرع**) بالرد والمن فيه.

قوله: (**وفي العقار خلاف الشافعي**) وقد بيناه. (**والحجة عليه**)؛ أي على الشافعي ما روينا من قصة عمر، وفعل النبي ﷺ بأهل مكة والآية والإجماع حجة عليهم.

---

(١) المبسوط للسَّرَخسِي (١٠/ ١٦).

مَا رَوَينَاهُ، وَلِأَنَّ فِيهِ نَظَرًا؛ لِأَنَّهُم كَالأَكَرَةِ العَامِلَةِ لِلمُسلِمِينَ العَالِمَةِ بِوُجُوهِ الزِّرَاعَةِ وَالمُؤَنِ مُرتَفِعَةٌ مَعَ مَا أَنَّهُ يَحظَى بِهِ الَّذِينَ يَأتُونَ مِن بَعدُ، وَالخَرَاجُ وَإِن قَلَّ حَالًا فَقَد جَلَّ مَآلًا لِدَوَامِهِ، وَإِن مَنَّ عَلَيهِم بِالرِّقَابِ وَالأَرَاضِي يَدفَعُ إِلَيهِم مِن المَنقُولَاتِ بِقَدرِ مَا يَتَهَيَّأُ لَهُم العَمَلُ لِيَخرُجَ عَن حَدِّ الكَرَاهَةِ.

قَالَ: (وَهُوَ فِي الأُسَارَى بِالخِيَارِ: إِن شَاءَ قَتَلَهُم) «لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ

فإن قيل: لا إجماع مع مخالفة من خالف.

قلنا: لا يعتبر خلافهم مع إجماع أهل الفقه؛ لأنهم أصحاب الظواهر، ويدل عليه دعاء عمر عليهم على المنبر، وإذا كان خلافهم بالاجتهاد والدليل، لا يجوز الدعاء عليهم، مع أنه صح ندمهم ورجوعهم كما ذكرنا.

قوله: (ولأن فيه) أي فيما بين المَنِّ إذ لو قسمها بينهم؛ لاشتغلوا بالزراعة المنتهي عنها، وقعدوا عن الجهاد المأمور فيظفر عليهم العدو وهم لا يهتدون إلى الزراعة، أما إذا تركها في أيدي أرقائهم، وهم عارفون بوجوه الزراعة يشتغلون بها، ويؤدون الجزية فتصرف إلى المقاتِلة ليشتغلوا بالجهاد فارغين.

والمقصود من المال فراغ البال [٢/ ١٢/ ب] فمنفعة القسمة، وإن كانت أعجل فمنفعة الخراج أدوم والعبرة للدوام، وفي المنِّ رعاية حقهم وحق من يجيء بعدهم، وإنما قسم النبي عليه السلام خيبر لحاجة أصحابه كان يومئذ، وعندنا الأولى للإمام القسمة عند الحاجة كما ذكرنا.

قوله: (والمؤن مرتفعة)؛ أي من المسلمين أو من الإمام مؤنة الزراعة مرتفعة بالمن.

قوله: (لِيَخْرُجَ عَنْ حَدِّ الْكَرَاهَةِ) فإنه إذا منَّ عليهم برقابهم وأراضيهم وقسم سائر الأموال جاز ويكره، ولأن عمر رضي الله عنه لم يفعل وهو الإمام في هذا الباب، ولأن منفعة المنّ الزراعة، وهم لا يقدرون عليها بلا مال فلا يفيد المنّ، وفيه تعذيب الحيوان بلا فائدة ذكره التمرتاشي.

قوله: (إن شاء قتلهم)؛ أي قبل إسلامهم؛ لأنه قتل عقبة ابن أبي معيط والنضر بن أبي سهيل بعدما حصلا في يده، وقتل بني قريظة بعد ثبوت اليد عليهم.

قَد قَتَلَ»، وَلِأَنَّ فِيهِ حسمَ مَادَّةِ الفَسَادِ (وَإِن شَاءَ استَرَقَّهُم) لِأَنَّ فِيهَا دَفعَ شَرِّهِم مَعَ وُفُورِ المَنفَعَةِ لِأَهلِ الإِسلَامِ (وَإِن شَاءَ تَرَكَهُم أَحرَارًا ذِمَّة لِلمُسلِمِينَ) لِمَا بَيَّنَّاهُ (إِلَّا مُشرِكِي العَرَبِ وَالمُرتَدِّينَ) عَلَى مَا نُبَيِّنُ إن شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى (وَلَا يَجُوزُ أَن يَرُدَّهُم إِلَى دَارِ الحَربِ) لِأَنَّ فِيهِ تَقوِيَتَهُم عَلَى المُسلِمِينَ، فَإِن أَسلَمُوا لَا يَقتُلُهُم لِاندِفَاعِ الشَّرِّ بِدُونِهِ (وَلَهُ أَن يَستَرِقَّهُم) تَوفِيرا لِلمَنفَعَةِ بَعدَ انعِقَادِ سَبَبِ المِلكِ بِخِلَافِ إِسلَامِهِم قَبلَ الأَخذِ؛ لِأَنَّهُ لَم يَنعَقِد السَّبَبُ بَعدُ (وَلَا يُفَادِي بِالأُسَارَى عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: يُفَادِي بِهِم أُسَارَى المُسلِمِينَ)(*) وَهُوَ قَولُ الشَّافِعِيِّ، لِأَنَّ فِيهِ تَخلِيصَ المُسلِمِ وَهُوَ

قوله: (بدونه)؛ أي بدون القتل.

قوله: (**لم ينعقد السبب**)؛ أي سبب الملك، وهو الاستيلاد فلا يسترق، وحاصله أن الإسلام لا ينافي بقاء حكم الاسترقاق؛ لأن الرقبة تثبت بطريق التبعية فبقاؤها يكون تبعا، ولكن الإسلام ينافي حكم القتل؛ لأن القتل جزاء الكفر الحقيقي لا جزاء أثره، ولهذا لا يثبت حكم القتل بطريق التبعية وإن شاء تركهم أحرارًا.

فإن قيل: قوله تعالى: ﴿فَٱقۡتُلُواْ ٱلۡمُشۡرِكِينَ حَيۡثُ وَجَدتُّمُوهُمۡ﴾ [التوبة: ٥] ينافي ترك خيار القتل.

قلنا: خص من هذه الآية أهل الذمة، والمستأمنون والنساء وغير ذلك بالنص والإجماع؛ فيخص المتنازع فيها بفعل عمر رضي الله عنه بمحضر من الصحابة.

وقوله: (**لما بينا**) إشارة إلى قوله: (**كذلك فعل عمر بسواد العراق...**) إلى آخره.

قوله: (**ولا يُفَادي**) في المغرب(١): المفاداة بين اثنين يقال: فاداه إذا أطلقه وأخذ فديته.

وعندهما؛ (**يفادي بهم أسارى المسلمين**) وهو قول الشافعي وأحمد ومالك إلا النساء فإنه لا يجوز المفاداة بالنساء عندهم، ومنع أحمد المفاداة بصبيانهم.

(**لأن فيه تخليص المسلم...**) إلى آخره، وقد روى أنه عليه السلام فعل ذلك.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) المغرب للمطرزي (ص: ٣٥٣).

أَولَى مِن قَتلِ الكَافِرِ وَالِانتِفَاعِ بِهِ. وَلَهُ: أَنَّ فِيهِ مَعُونَة لِلكَفَرَةِ؛ لِأَنَّهُ يَعُودُ حَربا عَلَينَا، وَدَفعُ شَرِّ حَربِهِ خَيرٌ مِن استِنقَاذِ الأَسِيرِ المُسلِمِ؛ لِأَنَّهُ إِذَا بَقِيَ فِي أَيدِيهِم كَانَ ابتِلَاء فِي حَقِّهِ غَيرَ مُضَافٍ إِلَينَا، وَالإِعَانَةُ بِدَفعِ أَسِيرِهِم إِلَيهِم مُضَافٌ إِلَينَا.

أَمَّا المُفَادَاةُ بِمَال يَأخُذُهُ مِنهُم لَا يَجُوزُ فِي المَشهُورِ مِن المَذهَبِ لِمَا بَيَّنَّا. وَفِي السِّيَرِ الكَبِيرِ: أَنَّهُ لَا بَأسَ بِهِ إِذَا كَانَ بِالمُسلِمِينَ حَاجَةٌ استِدلَالًا بِأُسَارَى بَدر، وَلَو كَانَ أَسلَمَ الأَسِيرُ فِي أَيدِينَا لَا يُفَادَى بِمُسلِم أَسِيرٌ فِي أَيدِيهِم، لِأَنَّهُ لَا يُفِيدُ إِلَّا إِذَا طَابَت نَفسُهُ بِهِ وَهُوَ مَأمُونٌ عَلَى إِسلَامِهِ. قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ المَنُّ عَلَيهِم) أَي عَلَى الأُسَارَى، خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ، فَإِنَّهُ يَقُولُ «مَنَّ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَلَى بَعضِ الأُسَارَى يَومَ

وفي السير الكبير: لا بأس بالمفاداة بأسارى المسلمين وهو قوله، وأظهر الروايتين عن أبي حنيفة؛ لأن تخليص المسلم واجب ولا يمكن إلا بمفاداة.

وقال أبو يوسف: يجوز المفاداة بالأسارى قبل القسمة، وبعده لا يجوز.

وعند محمد؛ يجوز بكل حال.

قوله: (**لما بينا**) إشارة إلى **قوله**: (**فيه معونة على الكفرة**).

قوله: (**لا بأس**) بالفداء بالمال.

قوله: (**بأسارى بدر**) فإنه عليه السلام فادى أسارى بدر بالمال، والفداء كان أربعة آلاف درهم وبه قال الشافعي وأحمد.

وقلنا انتسخ ذلك بقوله تعالى: ﴿مَا كَانَ لِنَبِيٍّ أَن يَكُونَ لَهُۥٓ أَسۡرَىٰ﴾ إلى قوله ﴿لَّوۡلَا كِتَٰبٞ مِّنَ ٱللَّهِ سَبَقَ لَمَسَّكُمۡ فِيمَآ أَخَذۡتُمۡ عَذَابٌ عَظِيمٞ ۝٦٨﴾ [الأنفال: ٦٧-٦٨] وقال عليه السلام: «**لَو نَزل بنا عَذابٌ ما نَجا إلّا عُمَرَ**»[1]؛ لأنه أشار بقتلهم.

وفي الإيضاح: سورة براءة آخر سورة نزلت، وقد تضمنت وجوب القتل بقوله ﴿فَٱقۡتُلُواْ ٱلۡمُشۡرِكِينَ حَيۡثُ وَجَدتُّمُوهُمۡ﴾ [التوبة: ٥] فكان ناسخًا.

قوله: (**إلا إذا طابت نفسه**) أو نفس الأسير الذي أسلم. (**به**)؛ أي بالفداء.

قوله: (**وَلَا يَجُوزُ الْمَنُّ عَلَيْهِمْ**) بأن أنعم عليهم من غير استرقاق ولا ذمة ولا قتل. (**خلافا للشافعي**) وبه قال أحمد ومالك فإن عند الشافعي حكمهم أحد

---

(١) أخرجه بنحوه مسلم (٣/ ١٣٨٣ رقم ١٧٦٣) من حديث عمر بن الخطاب ﷺ.

بَدر، وَلَنَا: قَوله تَعَالَى: ﴿فَٱقۡتُلُواْ ٱلۡمُشۡرِكِينَ حَيۡثُ وَجَدتُّمُوهُمۡ﴾ [التوبة: ٥]» وَلِأَنَّهُ بِالأَسرِ وَالقَسرِ ثَبَتَ حَقُّ الِاستِرقَاقِ فِيهِ فَلَا يَجُوزُ إِسقَاطُهُ بِغَيرِ مَنفَعَة وَعِوَض، وَمَا رَوَاهُ مَنسُوخٌ بِمَا تَلَونَا (وَإِذَا أَرَادَ الإِمَامُ العَودَ وَمَعَهُ مَوَاشٍ فَلَم يَقدِر عَلَى نَقلِهَا إِلَى دَارِ الإِسلَامِ ذَبَحهَا وَحَرَقَهَا، وَلَا يَعقِرُهَا وَلَا يَترُكهَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَترُكُهَا؛ لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «نَهَى عَن ذَبحِ الشَّاةِ إِلَّا لِمَأكَلَة».

وَلَنَا: أَنَّ ذَبحَ الحَيَوَانِ يَجُوزُ لِغَرَض صَحِيح، وَلَا غَرَضَ أَصَحُّ مِن كَسرِ شَوكَةِ الأَعدَاءِ، ثُمَّ يُحرَقُ بِالنَّارِ لِيَنقَطِعَ مَنفَعَتُهُ عَن الكُفَّارِ وَصَارَ كَتَخرِيبِ البُنيَانِ ....

الأمور الأربعة: القتل والاسترقاق والفداء بالأسارى أو بالمال والمن.

وعندهما أحد الأمور الثلاثة، ولا يجوز المنّ عند أبي حنيفة، يجوز أحد الأمرين القتل أو الأسر ولا يجوز الفداء والمن.

للشافعي قوله تعالى: ﴿فَإِمَّا مَنَّۢا بَعۡدُ وَإِمَّا فِدَآءً﴾ [محمد:٤] وروي أنه عليه السلام منَّ على أبي عزة الجمحي يوم بدر[١].

ولنا قوله تعالى: ﴿فَٱقۡتُلُواْ ٱلۡمُشۡرِكِينَ حَيۡثُ وَجَدتُّمُوهُمۡ﴾، وقد بينا أن سورة براءة آخر ما نزلت فكان ناسخا لما قبله، وهذا معنى **قوله: (وما رواه الشافعي منسوخ بما تلوناه)**، وهو قوله تعالى: ﴿فَٱقۡتُلُواْ ٱلۡمُشۡرِكِينَ﴾ الآية لأنه متأخر كما ذكرنا والقسر القهر والضمير في (لأنه)، وفي (فيه) راجع إلى المأسور وفي إسقاطه إلى الحق.

قوله: (ولا يَعْقِرُهَا)، وقال مالك: يجوز عقرها لا ذبحها.

وقال الشافعي وأحمد: يتركها ولا يعقرها ولا يذبحها لقوله عليه السلام: «**لا تُذبَحُ شاةٌ ولَا بقرةٌ إلّا لِمَأكَلَةٍ**»، والمأكلة مصدر كالأكل.

وقلنا: في الذبح غرض صحيح، وهو كسر شوكتهم وهو من أقوى المصالح؛ إذ فيه إلحاق الغيض[٢] بهم، وهو مندوب النص.

---

(١) كما في سيرة ابن هشام (٢/ ٦٠).

(٢) كذا بالأصلول الخطية، ولعلها: (الغيظ).

بِخِلَافِ التَّحرِيقِ قَبلَ الذَّبحِ لِأَنَّهُ مَنهِيٌّ عَنهُ، وَبِخِلَافِ العَقرِ، لِأَنَّهُ مُثلَةٌ، وَتُحرَقُ الأَسلِحَةُ أَيضًا، وَمَا لَا يَحتَرِقُ مِنهَا يُدفَنُ فِي مَوضِعٍ لَا يَقِفُ عَلَيهِ الكُفَّارُ إبطَالا لِلمَنفَعَةِ عَلَيهِم.

(وَلَا يُقَسِّمُ غَنِيمَة فِي دَارِ الحَربِ حَتَّى يُخرِجَهَا إِلَى دَارِ الإِسلَامِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا بَأسَ بِذَلِكَ. وَأَصلُهُ: أَنَّ المِلكَ لِلغَانِمِينَ لَا يَثبُتُ قَبلَ الإِحرَازِ بِدَارِ الإِسلَامِ عِندَنَا، وَعِندَهُ يَثبُتُ وَيَبتَنِي عَلَى هَذَا الأَصلِ عِدَّةٌ مِن المَسَائِلِ ذَكَرنَاهَا فِي

قوله: (بخلاف التحريق قبل الذبح) حيث لا يجوز؛ لأنه منهي عنه قال: «لا يُعذبُ بالنَّارِ إلَّا ربُّ النَّارِ».

(لأنه)؛ أي العقر (مُثلة) ونهى النبي عليه [٢/ ١٣/أ] السلام عن المثلة ولو بالكلب العقور(١)، أما قطع الأشجار وتخريب البنيان يجوز بلا خلاف.

قوله: (وما لا يحترق منها)؛ أي من الأسلحة كالحديد ونحوه (يدفن في موضع) لا يقفون عليها؛ لأنه مأمور بقطع قوتهم وإثبات قوة المسلمين، وقد عجز عن الثاني، وقدر على الأول فيأتي به.

قوله: (وقال الشافعي: لا بأس بذلك)؛ أي بالقسمة في دار الحرب بعد ما تم انهزام المشركين، وبه قال أحمد.

وقال مالك: يعجل قسمة الأموال في دار الحرب، ويؤخر قسمة السبي إلى دار الإسلام.

قوله: (وعنده)؛ أي وعند الشافعي يثبت الملك بالاستيلاء بعد ما تم الانهزام للمشركين، وبه قال مالك وأحمد.

قوله: (عدة من المسائل) منها:

أن أحدا من الغانمين لو وطئ أمة من السبي؛ فولدت فادعاه يثبت نسبه منه

---

(١) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير (١/ ٩٧ رقم ١٦٨) من حديث علي رضي الله عنه.
قال الهيثمي: رواه الطبراني، وإسناده منقطع. مجمع الزوائد (٦/ ٢٤٩).
وبنحوه أخرجه أبو داود (٣/ ٥٣ رقم ٢٦٦٧) من حديث سمرة بن جندب، وعمران بن حصين رضي الله عنهما قالا: كان نبي الله ﷺ يحثنا على الصدقة، وينهانا عن المثلة.
قال ابن حجر: إسناد هذا الحديث قوي فإن هياجا بن عمران البصري وثقه ابن سعد، وابن حبان، وبقية رجاله من رجال الصحيح. فتح الباري (٧/ ٤٥٩).

الكِفَايَةِ. لَهُ: أَنَّ سَبَبَ المِلكِ الِاستِيلَاءُ إِذَا وَرَدَ عَلَى مَال مُبَاح فِي الصَّيُودِ، وَلَا مَعنَى لِلِاستِيلَاءِ سِوَى إِثبَاتِ اليَدِ وَقَد تَحَقَّقَ. وَلَنَا: أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «نَهَى عَن بَيعِ الغَنِيمَةِ فِي دَارِ الحَربِ»، وَالخِلَافُ ثَابِتٌ فِيهِ، وَالقِسمَةُ بَيعٌ مَعنى فَتَدخُلُ تَحتَهُ، وَلِأَنَّ الِاستِيلَاءَ إِثبَاتُ اليَدِ الحَافِظَةِ وَالنَّاقِلَةِ وَالثَّانِي: مُنعَدِمٌ لِقُدرَتِهِم عَلَى الِاستِنقَاذِ ....

عندهم، وصارت الأمة أم ولد له.

وعندنا: لا يثبت النسب لعدم الملك ويجب العقر، وتقسم الأمة والولد والعقر بين الغانمين، وعندهم سهمهم من الغنيمة إن استوت قيمة الأمة أخذ منه قيمتها يوم الحمل، وإن لم يفِ سهمه كمل من ماله.

ومنها: جواز البيع بأن باع الإمام أو واحد من الغزاة شيئًا من الغنيمة، لا يجوز عندنا خلافا لهم.

ومنها: الإرث فإذا مات أحد الغزاة في دار الحرب لا يورث سهمه عندنا خلافا لهم.

ومنها: لو لحق المدد قبل القسمة لا يشارك عندهم وعندنا يشارك.

ومنها: قسمة الإمام في دار الحرب لا لحاجة ولا مجتهدا لا يجوز عندنا، ولهذا لو أسلم الأسير قبل الإحراز بدار الإسلام لا يعتق، أو أسلم أرباب الأموال بعد الأخذ قبل الإحراز لا يكون لهم شيء من ذلك، وكذا لا يجوز لأحد من الغزاة أن يأخذ شيئا من المغنم بغير حاجة؛ فعلم أن الحق يثبت للغزاة عندنا ذكره في التحفة.

قوله: (له)؛ أي للشافعي **(أن سبب الملك الاستيلاء على مال مباح)** قديم فإن الغزاة أخذوا أموالهم وقتلوهم وهزموهم، واستقر الأمر عليه فيملكونها كالاحتطاب والاصطياد.

ولنا: الحديث المذكور في المتن.

(والخلاف ثابت فيه)؛ أي في البيع فمتى حرم البيع حرمت القسمة؛ لأن في القسمة معنى البيع؛ لاشتمالها على الإقرار والمبادلة لا محالة، ولأن الخلاف ثابت في البيع أيضًا.

قوله: (والناقلة)؛ بأن ينقله كيف شاء ويتصرف فيه. **(والثاني)** أن اليد الناقلة **(منعدم لقدرتهم على الاستنقاذ)**.

وَوُجُودِهِ ظَاهِرًا.

ثُمَّ قِيلَ: مَوضِعُ الخِلَافِ تَرَتُّبُ الأَحكَامِ عَلَى القِسمَةِ إِذَا قَسَّمَ الإِمَامُ لَا عَن اجتِهَاد، لِأَنَّ حُكمَ المِلكِ لَا يَثبُتُ بِدُونِهِ. وَقِيلَ: الكَرَاهَةُ، وَهِيَ كَرَاهَةُ تَنزِيه عِندَ

(ووجوده)؛ أي وجود الاستنقاذ. (ظاهرا)؛ أي الظاهر وجوده إذ الدار دارهم؛ لأن الدار إنما تضاف إلينا وإليهم باعتبار القوة والاستيلاء، ولما بقيت هذه البقعة منسوبة إليهم، عرف أن القوة لهم.

ألا ترى أنه يحل للإمام أن يرجع إلى دار الإسلام، ويترك هذه البقعة في أيديهم، والقوة على الاسترداد ظاهرًا تمنع ثبوت يد المسلمين بخلاف ما إذا فتحت البلدة؛ لأنها صارت دار الإسلام بفتحها وإجراء الأحكام فيها؛ فكان فتح البلدة كالإحراز بدارنا إليه أشار في المبسوط[1].

وفي السير الكبير: دار الحرب؛ الأرض التي يخاف فيها المسلمون من أرض العدو، ودار الإسلام ما غلب عليها المسلمون، وكانوا فيه آمنين.

وفي شرح بكر وجامع الإسْبِيجابي: دار الحرب تصير دار الإسلام بشرط واحد، وهو إظهار حكم الإسلام فيها، ودار الإسلام تصير دار الحرب بإظهار أحكام الشرك عندهما.

وعند أبي حنيفة بثلاث شرائط: أحدها هذه.

والثانية: ألا يبقى فيها مسلم أو ذمي آمن بالأمان الأول.

والثالثة: الاتصال بدار الحرب؛ يعني ليس بينها وبين دار الحرب مصر للمسلمين، ولو غلب المرتدون على مدينة، وفيها قوم من المسلمين آمنون بالأمان الأول، وارتدت نساؤهم ثم ظهر عليها المسلمون؛ فالنساء والذراري فيءٌ عندهما خلافاً لأبي حنيفة.

قوله: (**إذا قسمه لَا عَنِ اجْتهاد**)؛ لأن حكم الملك لا يثبت بلا ملك، أما إذا أدى اجتهاد الإمام إلى القسمة وقسمها جاز؛ لأنه قضى في فصل مجتهد فيه فينفذ، ويثبت الملك بالإجماع.

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٠/ ٣٣).

مُحَمَّد، فَإِنَّهُ قَالَ عَلَى قَولِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ: لَا تَجُوزُ القِسمَةُ فِي دَارِ الحَربِ. وَعِندَ مُحَمَّد: الأَفضَلُ أَن يُقَسِّمَ فِي دَارِ الإِسلَامِ. وَوَجهُ الكَرَاهَةِ: أَنَّ دَلِيلَ البُطلَانِ رَاجِحٌ، إِلَّا أَنَّهُ تَقَاعَدَ عَن سَلَبِ الجَوَازِ فَلَا يَتَقَاعَدُ عَن إِيرَاثِ الكَرَاهَةِ.

قَالَ: (وَالرِّدءُ وَالمُقَاتِلُ فِي العَسكَرِ سَوَاءٌ) لِاستِوَائِهِم فِي السَّبَبِ وَهُوَ المُجَاوَزَةُ أَو شُهُودُ الوَقعَةِ عَلَى مَا عُرِفَ، وَكَذَلِكَ إِذَا لَم يُقَاتِل لِمَرَض أَو غَيرِهِ لِمَا ذَكَرنَا (وَإِذَا لَحِقَهُم المَدَدُ فِي دَارِ الحَربِ قَبلَ أَن يُخرِجُوا الغَنِيمَةَ إِلَى دَارِ الإِسلَامِ شَارَكُوهُم

(وقيل): مذهبنا كراهة القسمة في دار الحرب لا بطلانها؛ لأنهم لو اشتغلوا بها يتكاسلون في أمر الحرب ويتفرقون؛ فربما يكر العدوّ على بعضهم فكان نهيًا لمعنى في غير المنهي عنه فلا يعدم الجواز.

و(**قوله**): (**الأفضل**) عندنا (**أن يقسم في دار الإسلام**)؛ لما أنه عليه السلام ما قسم الغنائم إلا في دار الإسلام؛ ففي هذا دليل على أنه لا يقسم في دار الحرب؛ لأن الأفعال المتفقة في الأوقات المختلفة، لا تكون إلا لداعٍ إليها أو ليس ذلك إلا لكراهة القسمة [٢/١٣/ب]، ولا يقال: إن الأفعال المتفقة في الأوقات المختلفة قد تكون احترازًا عن البطلان؛ لأنا نقول إن الكراهة أدنى الأمرين؛ فتحمل عليه لتبقيه كذا في المبسوط(١).

قوله: (**أَنَّ دَلِيلَ الْبُطْلَانِ رَاجِحٌ**)؛ لأنه محرم والمحرم راجح على المبيح. (**إلا أنه**)؛ أي دليل البطلان (**تقاعد عن سلب الجواز**) بالإجماع بيننا وبين الخصم.

(**فلا يتقاعد عن إيراث الكراهة**)؛ لأن الدليل المرجوح لما لم يبطل أصلا حصل من معارضة الدليلين الراجح والمرجوح الكراهة كما في سؤر الهرة، وهذا الذي ذكرنا من الكراهة عند عدم الحاجة، أما لو احتاج الغزاة إلى الانتفاع بالمتاع والثياب والدواب قسمها بينهم في دار الحرب؛ لتحقق الحاجة.

(**والردء والمقاتل سواء**) في قسمة الغنيمة بلا خلاف. وكذا أمير الجند كواحد من الجند في القسمة بلا خلاف.

---

(١) المبسوط للمطرزي (١٠/١٩).

فِيهَا) خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ بَعدَ انقِضَاءِ القِتَالِ وَهُوَ بِنَاء عَلَى مَا مَهَّدنَاهُ مِن الأَصلِ، وَإِنَّمَا يَنقَطِعُ حَقُّ المُشَارَكَةِ عِندَنَا بِالإِحرَازِ أَو بِقِسمَةِ الإِمَامِ فِي دَارِ الحَربِ أَو بِبَيعِهِ المَغَانِمَ فِيهَا، لِأَنَّ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنهَا يَتِمُّ المِلكُ فَيَنقَطِعُ حَقُّ شَرِكَةِ المَدَدِ. قَالَ: (وَلَا حَقَّ لِأَهلِ سُوقِ العَسكَرِ فِي الغَنِيمَةِ إِلَّا أَن يُقَاتِلُوا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ فِي أَحَدِ قَولَيهِ: يُسهِمُ لَهُم لِقَولِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الغَنِيمَةُ لِمَن شَهِدَ الوَقعَةَ» وَلِأَنَّهُ وَجَدَ الجِهَادَ مَعنى بِتَكثِيرِ السَّوَادِ.

وَلَنَا: أَنَّهُ لَم تُوجَدُ المُجَاوَزَةُ عَلَى قَصدِ القِتَالِ فَانعَدَمَ السَّبَبُ الظَّاهِرُ، فَيُعتَبَرُ السَّبَبُ الحَقِيقِيُّ وَهُوَ القِتَالُ، فَيُفِيدُ الِاستِحقَاقَ عَلَى حَسَبِ حَالِهِ فَارِسًا أَو رَاجِلًا عِندَ القِتَالِ، وَمَا رَوَاهُ مَوقُوفٌ عَلَى عُمَرَ ﵁ أَنَّ تَأوِيلَهُ أَن يُشهِدَهَا عَلَى قَصدِ القِتَالِ.

قوله: (على ما مهدناه من الأصل)، أن سبب ملك الغانمين تمام القهر، وذلك بالإحراز بدار الإسلام عندنا، وعنده بتمام الانهزام.

قوله: (ولا حَقَّ لأهل سوق العسكر)؛ أي لا سهم ولا رضخ، وبه صرح في المبسوط[1].

قوله: (إلا أن يقاتلوا)؛ فحينئذ يستحقون السهم وبه قال مالك وأحمد والشافعي في قول.

وقال أشهب المالكي: لا يستحق أحد منهم شيئا، وإن قاتل لعدم قصده الجهاد.

قوله: (في أحد قوليه يسهم لهم) وفي قول: يرضخ. وقيل: إن لم يقاتلوا فله قولان.

قوله: (وما رواه)؛ أي الشافعي (موقوف على عمر ﵁)، وذلك ليس بحجة عند بعض مشايخنا، خصوصًا على أصل الشافعي؛ فإنه لا يرى تقليد الصحابي أو (تأويله أن يشهد على قصد القتال) إذ الوقعة القتال، وشهود القتال على قصد الجهاد، ولهذا يشهد الكفار القتال وليس لهم حق، أما إذا قاتل فقد

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٠/ ٤٥).

(وَإِن لَم تَكُن لِلإِمَامِ حَمُولَةٌ تُحمَلُ عَلَيهَا الغَنَائِمُ، قَسَّمَهَا بَينَ الغَانِمِينَ قِسمَةَ إِيدَاعٍ لِيَحْمِلَها إِلَى دَارِ الإِسلَامِ، ثُمَّ يَرتَجِعَهَا مِنهُم فَيُقَسِّمَهَا) قَالَ العَبدُ الضَّعِيفُ: هَكَذَا ذُكِرَ فِي المُختَصَرِ، وَلَم يَشتَرِط رِضَاهُم وَهُوَ رِوَايَةُ «السِّيَرِ الكَبِيرِ». وَالجُملَةُ فِي هَذَا: أَنَّ الإِمَامَ إِذَا وَجَدَ فِي المَغنَمِ حَمُولَة يَحمِلُ الغَنَائِمَ عَلَيهَا، لِأَنَّ الحَمُولَةَ وَالمَحمُولَ مَالُهُم.

وَكَذَا إِذَا كَانَ فِي بَيتِ المَالِ فَضلُ حَمُولَة لِأَنَّهُ مَالُ المُسلِمِينَ، وَلَو كَانَ لِلغَانِمِينَ أَو لِبَعضِهِم لَا يُجبِرُهُم فِي رِوَايَةِ «السِّيَرِ الصَّغِيرِ»، لِأَنَّهُ ابتِدَاءُ إِجَارَة وَصَارَ كَمَا إِذَا نَفَقَت دَابَّتُهُ فِي مَفَازَة وَمَعَ رَفِيقِهِ فَضلُ حَمُولَة، وَيُجبِرُهُم فِي رِوَايَةِ «السِّيَرِ الكَبِيرِ»، لِأَنَّهُ دَفعُ الضَّرَرِ العَامِّ بِتَحمِيلِ ضَرَر خَاصٍّ (وَلَا يَجُوزُ بَيعُ الغَنَائِمِ قَبلَ القِسمَةِ فِي دَارِ الحَربِ) لِأَنَّهُ لَا مِلكَ قَبلَهَا، وَفِيهِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ، وَقَد بَيَّنَّا الأَصلَ (وَمَن مَاتَ مِن الغَانِمِينَ فِي دَارِ الحَربِ فَلَا حَقَّ لَهُ فِي الغَنِيمَةِ، وَمَن مَاتَ مِنهُم بَعدَ إِخرَاجِهَا إِلَى دَارِ الإِسلَامِ، فَنَصِيبُهُ لِوَرَثَتِهِ) لِأَنَّ الإِرثَ يَجرِي فِي المِلكِ، وَلَا مِلكَ قَبلَ الإِحرَازِ، وَإِنَّمَا المِلكُ بَعدَهُ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: مَن مَاتَ مِنهُم بَعدَ استِقرَارِ الهَزِيمَةِ، يُورَثُ نَصِيبُهُ لِقِيَامِ المِلكِ فِيهِ عِندَهُ وَقَد بَيَّنَّاهُ.

قصد الجهاد والتجارة تبع له، كالتجارة في طريق الحج، لا ينتقص به ثواب حجه. قوله: (حمولة)، الحمولة -بفتح الحاء-؛ لما يحمل عليه من بعير أو فرس وغيره.

قوله: (ابتداء إجارة)؛ أي من كل وجه، هذا احتراز عن إجارة مستأنفة في حال البقاء، كما في مسألة السفينة إذا مضت مدة الإجارة في وسط البحر؛ فإنه تنعقد إجارة أخرى بأجر المثل من غير رضاء المالك ذكره في المحيط.

قوله: (لأنه)؛ أي الإجبار على الإجارة دفع ضرر العام بتحميل الضرر الخاص، وقاسه بمسألة السفينة في وسط البحر والدابة في وسط المفازة عند مضي الإجارة أو مات صاحب الدابة أو السفينة؛ فإنه تبقى الإجارة والإجارة من الغنيمة.

قَالَ: (وَلَا بَأسَ بِأَن يَعلِفَ العَسكَرُ فِي دَارِ الحَربِ وَيَأكُلُوا مَا وَجَدُوهُ مِن الطَّعَامِ) قَالَ ﷺ: أَرسَلَ وَلَم يُقَيِّدهُ بِالحَاجَةِ، وَقَد شَرَطَهَا فِي رِوَايَة وَلَم يَشتَرِطهَا فِي أُخرَى. وَجهُ الأُولَى: أَنَّهُ مُشتَرَكٌ بَينَ الغَانِمِينَ فَلَا يُبَاحُ الِانتِفَاعُ بِهِ إِلَّا لِحَاجَة كَمَا فِي الثِّيَابِ وَالدَّوَابِّ. وَجهُ الأُخرَى قَولُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «فِي طَعَامِ خَيبَرَ كُلُوهَا وَاعلِفُوهَا وَلَا تَحمِلُوهَا» وَلِأَنَّ الحُكمَ يُدَارُ عَلَى دَلِيلِ الحَاجَةِ وَهُوَ كَونُهُ فِي دَارِ الحَربِ، لِأَنَّ الغَازِيَ لَا يَستَصحِبُ قُوتَ نَفسِهِ ....

قوله: (لا بَأْسَ بِأَنْ يَعْلِفَ الْعَسْكَرَ)، في المغرب[1]: علف الدابة؛ أطعمها العلف وأعلفها لغة.

قوله: (وشرطها)؛ أي محمد **(الحاجة)**.

في المحيط: ذكر محمد في السير الصغير الإباحة بالحاجة، وهو جواب القياس حتى لو كان بلا حاجة يكره؛ لأنه مال مشترك فلا يباح الانتفاع للبعض بلا حاجة، كما **(في الثياب والدواب)** أو السلاح. **(ولم يشترطها)**؛ أي الحاجة في رواية السير الكبير وبه قالت الأئمة الثلاثة؛ لإطلاق قوله عليه السلام في طعام خيبر: «**كُلوها واعْلِفوها ولا تَحْمِلوها**»[2].

ولأن الحكم يدار على دليل الحاجة، وهو كونه في دار الحرب؛ إذ الغازي يتعذر عليه حمل الطعام والعلف إلى دار الحرب مدة الذهاب والمكث والإياب، والشراء منهم متعذر فلو لم يجز التناول؛ لضاق الأمر على الغزاة بخلاف السلاح والدواب.

(لأنه لا يستصحبها) فلم يوجد **(دليل الحاجة)**، وربما تمس الحاجة إليهما بأن تموت دابته أو انقطع سيفه فاعتبرنا حقيقة الحاجة فيستعمل ثم يرد إلى المغنم عند الاستغناء فعلى هذه الرواية يستوي فيه الغني والفقير في حل الانتفاع.

وفي السير الكبير: فكما يجوز للغازي الأخذ من الطعام والعلف بقدر كفايته، يجوز أن يأخذ ما يكفي عبيده ونساءه وصبيانهم الذين دخلوا معه، ومن دخل ليخدم الجندي، لا يباح له أن يتناول شيئا من الغنيمة، وكذا التاجر.

---

(١) المغرب للمطرزي (٣٢٦).
(٢) تقدم تخريجه قريبا.

وَعَلَفَ ظَهرِهِ مُدَّةَ مُقَامِهِ فِيهَا وَالمِيرَةُ مُنقَطِعَةٌ، فَبَقِيَ عَلَى أَصلِ الإِبَاحَةِ لِلحَاجَةِ بِخِلَافِ السِّلَاحِ، لِأَنَّهُ يَستَصحِبُهُ فَانعَدَمَ دَلِيلُ الحَاجَةِ، وَقَد تَمَسُّ إِلَيهِ الحَاجَةُ فَتُعتَبَرُ حَقِيقَتُهَا فَيَستَعمِلُهُ ثُمَّ يَرُدُّهُ فِي المَغنَمِ إِذَا استَغنَى عَنهُ، وَالدَّابَّةُ مِثلُ السِّلَاحِ، وَالطَّعَامُ كَالخُبزِ وَاللَّحمِ وَمَا يُستَعمَلُ فِيهِ كَالسَّمنِ وَالزَّيتِ.

قَالَ: (وَيَستَعمِلُوا الحَطَبَ) وَفِي بَعضِ النُّسخِ: الطِّيبَ، (وَيَدَّهِنُوا بِالدُّهنِ، وَيُوَقِّحُوا بِهِ الدَّابَّةَ) لِمَسَاسِ الحَاجَةِ إِلَى جَمِيعِ ذَلِكَ (وَيُقَاتِلُوا بِمَا يَجِدُونَهُ مِن

قوله: (وعلف ظهره)؛ أي مركبه ولفظ الظهر مستعار.

قوله: (الميرة)؛ الطعام ذكره في المغرب[(١)].

(والدابة مثل السلاح[(٢)] أن يعتبر فيها حقيقة الحاجة، وهذا إذا اعتبرت في الدابة الركوب، أما إذا عتبرت فيها الأكل فهي كالطعام حتى يجوز ذبح الإبل والبقر والغنم للأكل ذكره في المحيط والإيضاح.

(**والطعام**...) إلى آخره تفسير لقوله: (**ويأكلوا مما وجدوا من الطعام**)[(٣)]، والمراد من الطعام المهيأ للأكل وغير المهيأ على ما ذكرنا من رواية المحيط؛ لأن الذبح يجوز للأكل.

وفي المحيط[(٤)]: لو أصابوا [٢/ ١٤/أ] سمسماً أو زيتاً أو دهن سمسم أو فاكهة يابسة، أو رطبة أو سكّرًا أو بصلًا أو غير ذلك من الأشياء التي تؤكل عادة للتعيّش لا بأس بالتناول منها قبل القسمة، ولا يجوز تناول شيء من الأدوية والطيب ودهن البنفسج أو دهن الْخِيرِي؛ لأن هذه الأدهان لا تؤكل ولا تستعمل للحاجة الأصلية؛ بل تستعمل للزينة، وكل ما لا يؤكل ولا يشرب؛ فلا ينبغي أن ينتفع به شيء قلَّ أو كثر لقوله عليه السلام: «**رُدّوا الخَيْطَ والمَخِيط**»[(٥)] ثم قال فيه: وما استهلكه في دار الحرب مما له قيمة أو ليس له قيمة فذاك هدر كله.

قوله: (وَيُوَقِّحُوا بِهِ الدَّابَّةَ)، توقيح الدابة؛ تصليب حافرها بالشحم المذاب

---

(١) المغرب للمطرزي (ص: ٤٥١).
(٢) في الأصل: (السلام) والمثبت من النسخة الثانية.
(٣) انظر ص ٢٨٢.
(٤) ينظر: البناية شرح الهداية للعيني (٧/ ١٤٧).
(٥) أخرجه البيهقي في دلائل النبوة (٥/ ١٩٤) من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص ﵄.

السِّلَاحِ، كُلُّ ذَلِكَ بِلَا قِسمَة) وَتَأْوِيلُهُ: إِذَا احتَاجَ إِلَيهِ بِأَن لَم يَكُن لَهُ سِلَاحٌ وَقَد بَيَّنَّاهُ (وَلَا يَجُوزُ أَن يَبِيعُوا مِن ذَلِكَ شَيئًا وَلَا يَتَمَوَّلُونَهُ) لِأَنَّ البَيعَ يَتَرَتَّبُ عَلَى المِلكِ وَلَا مِلكَ عَلَى مَا قَدَّمنَاهُ، وَإِنَّمَا هُوَ إِبَاحَةٌ وَصَارَ كَالمُبَاحِ لَهُ الطَّعَامُ، وَقَولُهُ: «وَلَا

إذا حفي؛ أي رق من كثرة المشي والراء خطأ، كذا في المغرب[١].

قال شيخي العلامة صاحب النهاية: ولكن صححه شيخي مولانا حافظ الدين رحمه الله بالراء من الترقيح، وهو الإصلاح. هكذا نقل عن المصنف أنه قال: هكذا قرأنا على المشايخ، وهذا أصح لأنه أعم في الإصلاح.

وقال الشافعي وأحمد: في الأدهان وجهان في وجه يجوز وفي الأصح لا يجوز.

وقال مالك: يجوز في كل ما هو قوت كاللحم والتين والشعير لا في غيرها، ويجوز ذبح الأنعام للأكل إن احتاج.

وقال الشافعي: لها ذبح الغنم فقط، وقال معظم أصحابه: يجوز في كل الحيوانات ويُرَدّ جلدها إلى المغنم كما قلنا، وعندهم لا يجوز التداوي بالأدوية، والسكر والفانيذ[٢] ملحقان بالأدوية ولبس الثياب[٣] وركوب الدواب؛ فلو خالف لزمه الأجرة كما يلزمه الضمان بإتلاف بعض الأعيان.

قال الروياني: يستأذن الإمام ويحسب عليه، ويجوز أن يأذن في لبسه بالأجرة مدة الحاجة، ثم يرد إلى المغنم، ولا يجوز استعمال الأسلحة إلا أن يضطر إلى القتال كذا في شرح الوجيز[٤].

قوله: (وتأويله...) إلى آخره إنما احتاج المصنف إلى هذا التأويل؛ لما أن استعمال السلاح والدواب بسبب صيانة سلاحه، ودابته لا يجوز ذكره.

وقوله: (لما بيناه) إشارة إلى قوله: **(بخلاف السلاح لأنه يستصحبه...)**[٥] إلى آخره.

(١) المغرب (ص: ٤٩١).
(٢) الفانيذُ: نوع من الحلوى. تاج العروس (٩/ ٤٥٥).
(٣) في الأصل: (الثواب) والمثبت عن النسخة الثانية.
(٤) العزيز شرح الوجيز للرافعي (١١/ ٤٢٩).
(٥) انظر ص ٢٨٣.

يَتَمَوَّلُونَهُ» إشَارَةٌ إلَى أَنَّهُم لَا يَبِيعُونَهُ بِالذَّهَبِ وَالفِضَّةِ وَالعُرُوضِ، لِأَنَّهُ لَا ضَرُورَةَ إلَى ذَلِكَ، فَإِن بَاعَهُ أَحَدُهُم رَدَّ الثَّمَنَ إلَى الغَنِيمَةِ؛ لِأَنَّهُ بَدَلُ عَينٍ كَانَت لِلجَمَاعَةِ.

وَأَمَّا الثِّيَابُ وَالمَتَاعُ فَيُكرَهُ الِانتِفَاعُ بِهَا قَبلَ القِسمَةِ مِن غَيرِ حَاجَةٍ لِلِاشتِرَاكِ، إلَّا أَنَّهُ يُقَسِّمُ الإِمَامُ بَينَهُم فِي دَارِ الحَربِ إذَا احتَاجُوا إلَى الثِّيَابِ وَالدَّوَابِّ وَالمَتَاعِ؛ لِأَنَّ المُحَرَّمَ يُستَبَاحُ لِلضَّرُورَةِ فَالمَكرُوهُ أَولَى، وَهَذَا لِأَنَّ حَقَّ المَدَدِ مُحتَمَلٌ، وَحَاجَةُ هَؤُلَاءِ مُتَيَقَّنٌ بِهَا فَكَانَ أَولَى بِالرِّعَايَةِ، وَلَم يَذكُر القِسمَةَ فِي السِّلَاحِ، وَلَا فَرقَ فِي الحَقِيقَةِ، لِأَنَّهُ إذَا احتَاجَ وَاحِدٌ يُبَاحُ لَهُ الِانتِفَاعُ فِي الفَصلَينِ، وَإِن احتَاجَ الكُلُّ يُقَسِّمُ فِي الفَصلَينِ، بِخِلَافِ مَا إذَا احتَاجُوا إلَى السَّبيِ حَيثُ لَا يُقَسِّمُ، لِأَنَّ الحَاجَةَ إلَيهِ مِن فُضُولِ الحَوَائِجِ.

قَالَ: (وَمَن أَسلَمَ مِنهُم) مَعنَاهُ: فِي دَارِ الحَربِ (أَحرَزَ بِإِسلَامِهِ نَفسَهُ) لِأَنَّ الإِسلَامَ يُنَافِي ابتِدَاءَ الِاستِرقَاقِ (وَأَولَادَهُ الصِّغَارَ) لِأَنَّهُم مُسلِمُونَ بِإِسلَامِهِ تَبَعًا (وَكُلُّ مَال هُوَ فِي يَدِهِ) لِقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَن أَسلَمَ عَلَى مَال فَهُوَ لَهُ»

قوله: (في الفصلين)؛ أي في فصل السلاح وفصل الثياب والمتاع.

قوله: (معناه في دار الحرب) إنما احتاج إلى هذا التأويل؛ ليقع الاحتراز به عن مستأمن (أسلم) في دار الإسلام، ثم ظهرنا على دار الحرب كان أولاده وأمواله كلها فيئا، ذكره في الفوائد الظهيرية[(١)].

وهنا أربع مسائل :

أحدها: أسلم الحربي في دار الحرب، ولم يخرج حتى ظهرنا على الدار أحرز نفسه، وأولاده الصغار وما في يده.

والثانية: دخل دارنا بأمان وأسلم ثم ظهرنا على الدار؛ فجميع ماله وأولاده الصغار فيء.

والثالثة: أسلم في دار الحرب ثم دخل دارنا، ثم ظهرنا على الدار فجميع ماله فيء إلا أولاده الصغار.

---

(١) ينظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٣/ ٢٥٣).

وَلِأَنَّهُ سَبَقَت يَدَهُ الحَقِيقِيَّةَ إِلَيهِ يَدُ الظَّاهِرِينَ عَلَيهِ (أَو وَدِيعَة فِي يَدِ مُسلِم أَو ذِمِّيٍّ) لِأَنَّهُ فِي يَد صَحِيحَة مُحتَرَمَة وَيَدُهُ كَيَدِهِ (فَإِن ظَهَرنَا عَلَى دَارِ الحِرَابِ فَعَقَارُهُ فَيءٌ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: هُوَ لَهُ، لِأَنَّهُ فِي يَدِهِ فَصَارَ كَالمَنقُولِ.

وَلَنَا: أَنَّ العَقَارَ فِي يَدِ أَهلِ الدَّارِ وَسُلطَانِهَا إذ هُوَ مِن جُملَةِ دَارِ الحَربِ فَلَم يَكُن فِي يَدِهِ حَقِيقَة، وَقِيلَ: هَذَا قَولُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ الآخَرُ. وَفِي قَولِ مُحَمَّد وَهُوَ قَولُ أَبِي يُوسُفَ الأَوَّلُ: هُوَ كَغَيرِهِ مِن الأَموَالِ بِنَاء عَلَى أَنَّ اليَدَ حَقِيقَة لَا تَثبُتُ عَلَى العَقَارِ عِندَهُمَا، وَعِندَ مُحَمَّد: تَثبُتُ (وَزَوجَتُهُ فَيءٌ) لِأَنَّهَا كَافِرَةٌ حَربِيَّةٌ لَا تَتبَعُهُ فِي الإِسلَامِ (وَكَذَا حَملُهَا فَيءٌ) خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ. هُوَ يَقُولُ: إِنَّهُ مُسلِمٌ تَبَعًا كَالمُنفَصِلِ.

والرابعة: مسلم دخل دارهم بأمان واشترى أموالًا وأولادًا، ثم ظهرنا على الدار فالجواب كالجواب في مسألة الكتاب.

وعند الأئمة الثلاثة: يعتبر إسلامه في حالة الحرب أو في حالة محصورا، فيحرز كل ماله وأولاده الصغار، أما بعد تمام الانهزام ووضع الحرب أوزارها لا يعتبر.

وقوله: (في يد صحيحة)؛ احتراز عن يد الغاصب.

وقوله: (محترمة)؛ احتراز عن يد الحربي فإن وديعته عند حربي لا يصير فيئا على رواية أبي سليمان، وعلى رواية أبي حفص؛ تصير فيئا.

قوله: (وقال الشافعي: هو له) وبه قال مالك وأحمد لأنه في يده كالمنقول.

وقلنا: اليد على العقار تثبت حكما، ودار الحرب ليست بدار الأحكام؛ فلا معتبر بيده قبل ظهور المسلمين وبعده يد المسلمين على الدار أقوى من يده؛ لأن الدار في يد السلطان وأهل الدار والعقار تبع للدار.

قوله: (خلافا للشافعي)؛ أي في الحمل فقط وبه قال مالك وأحمد: لأن الحمل مسلم تبعا له.

وقلنا: كل حكم يثبت في الأم عِتقًا أو رِقًّا بدليله يثبت للولد تحقيقا للتبعية، والمسلم محل للتمليك تبع لغيره كما لو زوج أمة الغير وولدت، يكون ولده رقيقا تبعا لأمه.

وَلَنَا: أَنَّهُ جُزؤُهَا فَيَرِقُّ بِرِقِّهَا، وَالمُسلِمُ مَحَلٌّ لِلتَّمَلُّكِ تبَعًا لِغَيرِهِ بِخِلَافِ المُنفَصِلِ، لِأَنَّهُ حُرٌّ لِانعِدَامِ الجُزئِيَّةِ عِندَ ذَلِكَ (وَأَولَادُهُ الكِبَارُ فَيءٌ) لِأَنَّهُم كُفَّارٌ حَربِيُّونَ وَلَا تَبَعِيَّةَ (وَمَن قَاتَلَ مِن عَبِيدِهِ فَيءٌ) لِأَنَّهُ لَمَّا تَمَرَّدَ عَلَى مَولَاهُ خَرَجَ مِن يَدِهِ فَصَارَ تَبَعًا لِأَهلِ دَارِهِم (وَمَا كَانَ مِن مَالِهِ فِي يَدِ حَربِيٍّ فَهُوَ فَيءٌ) غَصبا كَانَ أَو

قوله: (وأولاده الكبار فيء)، ولا نعلم فيه خلافا.

قوله: (ومن قاتل من عبيده فهو فيء) خلافا للأئمة الثلاثة.

قوله: (وما كان من ماله في يد حربي...) إلى آخره.

وقالت الأئمة الثلاثة: كل مال له في دار الحرب كان له لإطلاق هذا الحديث كقول محمد وأبي يوسف؛ إن كان وديعة عند حربي؛ لأن يد المودع كيده فلو كانت في يده حقيقة لا يكون فيئا؛ فكذا إذا كانت في يده حكما بخلاف الغصب؛ لأنه ليس في يده حقيقة ولا حكما.

ولأبي حنيفة؛ أن يد المودع هاهنا ليست بيد صحيحة محترمة [٢/ ١٤/ ب] فإنها لا تدفع استغنام المسلمين عن ماله؛ فكذا عن هذه الوديعة فصار كغصب في يده أو يد مسلم أو ذمي؛ لأنه مال مباح لا يد لأحد عليه لا حقيقة ولا حكما.

فإن قيل: لما قام يد الحربي مقام الذي أسلم؛ لأنه يودعه بعمل بوصف الأصل وهو يد المسلم لا بوصف نفسه كالتراب لما قام مقام(١) الماء عَمِلَ عَمَلَ الماء، لا عمل نفسه؛ فينبغي ألا يعتبر عدم احترام يد الحربي.

قلنا: عصمة المال تبع بعصمة مالكه، أما بالنظر إلى نفس المال ليس له عصمة؛ لما أن الأصل في المال الإباحة قال تعالى: ﴿خَلَقَ لَكُم مَّا فِي ٱلْأَرْضِ﴾ الآية [البقرة: ٢٩].

ثم تبعية المال للمالك في العصمة إنما تثبت أن لو ثبتت يد المالك المعصوم حقيقةً أو حكمًا مع الاحترام(٢)؛ لما أن في ثبوت يده حكمًا بدون

---

(١) في الأصل: (قام)، والمثبت من النسخة الثانية.

(٢) وقع تكرار في الأصل، والمثبت من النسخة الثانية.

وَدِيعَة؛ لِأَنَّ يَدَهُ لَيسَت بِمُحتَرَمَة (وَمَا كَانَ غَصبًا فِي يَدِ مُسلِم أَو ذِمِّيٍّ، فَهُوَ فَيءٌ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ،(*) وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا يَكُونُ فَيئًا) قَالَ العَبدُ الضَّعِيفُ رَحِمَهُ اللَّهُ: كَذَا ذَكَرَ الِاختِلَافَ فِي «السِّيَرِ الكَبِيرِ». وَذَكَرُوا فِي شُرُوحِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ قَولَ أَبِي يُوسُفَ مَعَ مُحَمَّد.

لهُمَا: أَنَّ المَالَ تَابِعٌ لِلنَّفسِ، وَقَد صَارَت مَعصُومَة بِإِسلَامِهِ فَيَتبَعُهَا مَالُهُ فِيهَا. وَلَو أَنَّهُ مَالٌ مُبَاحٌ فَيُملَكُ بِالِاستِيلَاءِ، وَالنَّفسُ لَم تَصِر مَعصُومَة بِالإِسلَامِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهَا لَيسَت بِمُتَقَوِّمَة، إِلَّا أَنَّهُ مُحرَّمٌ التَّعَرُّضُ فِي الأَصلِ لِكَونِهِ مُكَلَّفًا، وَإِبَاحَةُ التَّعَرُّضِ بِعَارِضِ شَرِّهِ

الاحترام تعارضه جهة الإباحة الأصلية فلم تثبت العصمة؛ لأن العصمة أمر عارض فلا تثبت عند معارضة الدليلين، ولأن قيام يد المودع في الوديعة حقيقية، وقيام يد المالك عليها حكمي؛ فاعتبار الحكمي إن أوجب العصمة واعتبار الحقيقة يمنع والعصمة لم تكن ثابتة فلا تثبت بالشك إليه، أشار قاضي خان والمرغيناني.

قوله: (**وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا يَكُونُ فَيْئًا**)، وفي النهاية: وفي بعض النسخ: (**وقالا: لا يكون فيئا**) ولكن ما هو صحيح؛ لأن قوله: (**قال العبد الضعيف: هكذا ذكر الاختلاف**)... إلى قوله (**قول أبي يوسف مع محمد**) يكون تكرارًا محضًا بلا فائدة ولكن بتعب[١] وجدت الصحيح الفسخ؛ فهو فيء عند أبي حنيفة بذكر أبي يوسف. وقال محمد: لا. وقال: لأن رواية السير الكبير للسَّرَخْسِي والمحيط وجامع البزدوي وقاضي خان وغيرها هكذا.

قوله: (**وَالنَّفْسُ لَمْ تَصِرْ مَعْصُومَةً بِالْإِسْلَامِ**)؛ ولهذا لم يجب القصاص أو الدية على عاقلتها في دار الحرب بالنص. (**إلا أنه**)؛ أي النفس خلقت محترمة (**التعرض في الأصل**)؛ لأنه (**مكلفًا**)، ولا يتهيأ التقضي عن عهدة التكليف إلا بحرمة التعرض، ولأن الآدمي بنيان الرب فلا يجوز تعرضه، وحل التعرض بعارض شر الحراب، فإذا اندفع بالإسلام عادت حرمة التعرض بالإتمام، أما المال فخلق عرضة[٢] للابتذال؛ فكان محلًّا للتملك في الأصل.

و(**حرمة**) التعرض (**بعارض**) وقوعه في اليد المحترمة، وهي يد المالك ويد

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) في الأصل: (تتبعت) والمثبت من النسخة الثانية.

(٢) في الأصل: (عوضة) والمثبت من النسخة الثانية.

وَقَد اندَفَعَ بِالإِسلَامِ، بِخِلَافِ المَالِ؛ لِأَنَّهُ خُلِقَ عُرضَة لِلِامتِهَانِ، فَكَانَ مَحَلًّا لِلتَّمَلُّكِ وَلَيسَت فِي يَدِهِ حُكمًا فَلَم تَثبُت العِصمَةُ.

(وَإِذَا خَرَجَ المُسلِمُونَ مِن دَارِ الحَربِ لَم يَجُز أَن يَعلِفُوا مِن الغَنِيمَةِ، وَلَا يَأكُلُوا مِنهَا) لِأَنَّ الضَّرُورَةَ قَد ارتَفَعَت، وَالإِبَاحَةُ بِاعتِبَارِهَا، وَلِأَنَّ الحَقَّ قَد تَأَكَّدَ حَتَّى يُورَّثَ نَصِيبَهُ وَلَا كَذَلِكَ قَبلَ الإِخرَاجِ إِلَى دَارِ الإِسلَامِ (وَمَن فَضَلَ مَعَهُ عَلَفٌ أَو طَعَامٌ رَدَّهُ إِلَى الغَنِيمَةِ) مَعنَاهُ: إِذَا لَم تُقَسَّم. وَعَن الشَّافِعِيِّ مِثلُ قَولِنَا. وَعَنهُ: أَنَّهُ لَا يَرُدُّ اعتِبَارًا بِالمُتَلَصِّصِ. وَلَنَا: أَنَّ الِاختِصَاصَ ضَرُورَةُ الحَاجَةِ وَقَد زَالَت، بِخِلَافِ المُتَلَصِّصِ؛ لِأَنَّهُ كَانَ أَحَقَّ بِهِ قَبلَ الإِحرَازِ فَكَذَا بَعدَهُ، وَبَعدَ القِسمَةِ تَصَدَّقُوا بِهِ إِن كَانُوا أَغنِيَاءَ، وَانتَفَعُوا بِهِ إِن كَانُوا مَحَاوِيجَ، لِأَنَّهُ صَارَ فِي حُكمِ اللُّقَطَةِ لِتَعَذُّرِ الرَّدِّ عَلَى الغَانِمِينَ، وَإِن كَانُوا انتَفَعُوا بِهِ بَعدَ الإِحرَازِ تُرَدُّ قِيمَتُهُ إِلَى المَغنَمِ إِن كَانَ لَم يُقَسَّم، وَإِن قُسِّمَت الغَنِيمَةُ فَالغَنِيُّ يَتَصَدَّقُ بِقِيمَتِهِ، وَالفَقِيرُ لَا شَيءَ عَلَيهِ لِقِيَامِ القِيمَةِ مَقَامَ الأَصلِ فَأَخَذَ حُكمَهُ.

من أقامها المالك مقام يده بالإيداع، ولم توجد فلم تثبت العصمة.

قوله: (وليست)؛ أي المال على تأويل الأموال.

قوله: (**وعن الشافعي مثل قولنا**) وبه قال مالك وأحمد.

(وعنه)؛ أي عن الشافعي في قول: (**اعتبارًا بالمتلصص**) بأن دخل واحد [أو][1] اثنان في دار الحرب، وأخذ شيئا ثم أخرجه فهو له؛ لأنه مال مباح سبقت يده فكذا هذا.

وقلنا: مال تعلق به حق الغانمين والاختصاص من ضرورة الحاجة، وقد زالت. **قوله**: (**تصدقوا به**)؛ أي بما فضل إن كان قائما ويضمنه إذا كانوا باعوه.

قال الزرنوجي: يقال رجل محوج أي محتاج وقوم محاوج.

وفي المغرب[2]: المحاويج: المحتاجون، عامي.

قوله: (**لِتَعَذُّرِ الرَّدِّ**)؛ لتفرقهم.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية. (٢) المغرب للمطرزي (ص: ١٣٢).

فَصلٌ فِي كَيفِيَّةِ القِسمَةِ

قَالَ: (وَيَقْسِمُ الإِمَامُ الغَنِيمَةَ فَيُخرِجُ خُمُسَهَا) لِقَولِهِ تَعَالَى: ﴿فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ﴾ [الأنفال: ٤١] استَثنَى الخُمُسَ (وَيَقْسِمُ الأَربَعَةَ الأَخمَاسِ بَينَ الغَانِمِينَ) «لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَسَّمَهَا بَينَ الغَانِمِينَ» (ثُمَّ لِلفَارِسِ سَهمَانِ، وَلِلرَّاجِلِ سَهمٌ) عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى - (وَقَالَا: لِلفَارِسِ ثَلَاثَةُ أَسهُم)(*) وَهُوَ قَولُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ، لِمَا رَوَى ابنُ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَسهَمَ لِلفَارِسِ ثَلَاثَةَ أَسهُم وَلِلرَّاجِلِ سَهما» وَلِأَنَّ الِاستِحقَاقَ بِالغِنَاءِ، وَغِنَاؤُهُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَمثَالِ الرَّاجِلِ؛ لِأَنَّهُ لِلكَرِّ وَالفَرِّ وَالثَّبَاتِ، وَالرَّاجِلُ لِلثَّبَاتِ لَا غَيرُ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ مَا رَوَى ابنُ عَبَّاس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَعطَى الفَارِسَ سَهمَينِ

فصل في كيفية القسمة

لما بين أحكام الغنائم ثم شرع في بيان قسمتها، والقسمة: عبارة عن جمع النصيب الشائع في محل معين.

قوله: (**استثنى**)؛ أي أخرج (**الخمس**) من أن يثبت حق الغانمين فيه فكان استثناء معنى لا لفظا، ويحتمل أن تكون من استثنيت الشيء؛ أي زويته لنفسي وهو من ثنى العود إذ جفاه وعطفه أي استبقى الله الخمس لنفسه بقوله ﴿فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ﴾ [الأنفال: ٤١].

قوله: (**عند أبي حنيفة**) وبه قال زفر. (**وقالا**)؛ أي أبو يوسف ومحمد وبه قال الشافعي ومالك وأحمد والليث وأبو ثور وأكثر أهل العلم لما روي أن عمر عليه السلام أسهم يوم خيبر للراجل سهم وللفارس ثلاثة أسهم متفق عليه، ولا خلاف أن للراجل سهم، وعن ابن عباس مثله.

(**ولأن الاستحقاق بالغناء**) بالفتح والمد الآخر والكفاية. و(**غناؤه**)؛ أي غنا الفرس. (**للكر**): الصولة والحملة، و(**الفر**): بمعنى الفرار، والفرار في موضع الفرار محمود؛ كيلا يرتكب النهي المذكور في قوله تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُوا۟ بِأَيْدِيكُمْ إِلَى ٱلتَّهْلُكَةِ﴾ [البقرة: ١٩٥].

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

وَالرَّاجِلَ سَهمًا» فَتَعَارَضَ فِعلَاهُ، فَيُرجَعُ إِلَى قَولِهِ وَقَد قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لِلفَارِسِ سَهمَانِ وَلِلرَّاجِلِ سَهمًا» كَيفَ وَقَد رُوِيَ عَن ابنِ عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنهُمَا - «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَسَّمَ لِلفَارِسِ سَهمَينِ ولِلَّراجلَ سَهما» وَإِذَا تَعَارَضَت رِوَايَتَاهُ تُرَجَّحَ رِوَايَةُ غَيرِهِ، وَلِأَنَّ الكَرَّ وَالفَرَّ مِن جِنس وَاحِد، فَيَكُونُ غِنَاؤُهُ مِثلَي غِنَاءِ الرَّاجِلِ فَيَفضُلُ عَلَيهِ بِسَهم، وَلِأَنَّهُ تَعَذَّرَ اعتِبَارُ مِقدَارِ الزِّيَادَةِ لِتَعَذُّرِ

قوله: (**رِوَايَتَاهُ**)؛ أي روايتا ابن عمر؛ فإن عبيد الله روى عن نافع عن ابن عمر أنه عليه السلام قسم للفارس سهمين سهمًا له وسهمًا لفرسه، وعبيد الله أوثق من أخيه عبد الله، ولئن استويا تعارضا فتداخل برواية ابن عباس على أن فعله عليه السلام تعارضا فبقي لنا قوله عليه السلام: «**للفارس سهمان وللراجل سهم**» كذا ذكره في الأسرار.

وما قاله [٢/ ١٥/أ] الخصم: إن حديث ابن عمر أصح، وتأويله حديث ابن عباس أن المراد أعطى للفارس سهمين لفرسه غير قوي؛ لما ذكرنا من رواية عبيد الله ويعارض رواية ابن عمر، ولو كان المراد ما قاله الخصم: ينبغي أن يقول سهم له وسهمين لفرسه؛ لأنه في بيان الاستحقاق، وتأويلنا حديث ابن عمر إن صح أن تحمل الزيادة على النفل فكان الواحد متيقنًا؛ فالأخذ به أولى من المشكوك.

قوله: (**من جنس واحد**)؛ لأن الفرار إنما يحمد للكرِّ لا لذاته فلا يكون الفرار نوعا آخر؛ بل زيادة (**غناء**) في نوعه، و(**الزيادة**) لا تتعلق بزيادة الغناء في نوعه؛ إذ بعضهم لا بد أن يكون أغنى من بعض فذو سلاح أغنى من غيره فكان غناء الفرس مثل غناء الراجل، ولأن الفرس تبع الرجل فلا يزاد سهم عليه، ولأنه تعذر اعتبار مقدار الزيادة؛ فإن الفارس قد يزيد على فارس آخر في الغناء والكفاية.

وكذا الراجل على راجل آخر فلم تعتبر تلك الزيادة لتعذر الوقوف عليها؛ لأن ذلك إنما يظهر عند المسايفة والمقاتلة عند التقاء الصفين؛ فكل منهم مشغول بشأنه في ذلك الوقت فلما تعذر الوقوف أدير الحكم بزيادة الغناء على السبب الظاهر، وهو مجرد كونه فارسًا وكونه راجلا إليه أشار في الأسرار.

مَعرِفَتِهِ، فَيُدَارُ الحُكمُ عَلَى سَبَب ظَاهِر، وَلِلفَارِسِ سَبَبَانِ النَّفسُ وَالفَرَسُ، وَلِلرَّاجِلِ سَبَبٌ وَاحِدٌ، فَكَانَ استِحقَاقُهُ عَلَى ضَعفِهِ..

(وَلَا يُسهِمُ إِلَّا لِفَرَسٍ وَاحِدٍ) وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يُسهِمُ لِفَرَسَينِ(*)، لِمَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَسهَمَ لِفَرَسَينِ» وَلِأَنَّ الوَاحِدَ قَد يَعيَا فَيَحتَاجُ إِلَى الآخَرِ، وَلَهُمَا: «أَنَّ البَرَاءَ ابنَ أَوسٍ قَادَ فَرَسَينِ فَلَم يُسهِم رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِلَّا لِفَرَسٍ وَاحِدٍ» وَلِأَنَّ القِتَالَ لَا يَتَحَقَّقُ بِفَرَسَينِ دَفعَة وَاحِدَة، فَلَا يَكُونُ السَّبَبُ الظَّاهِرُ مُفضِيًا إِلَى القِتَالِ عَلَيهِمَا فَيُسهِمُ لِوَاحِدٍ، وَلِهَذَا لَا يُسهِمُ لِثَلَاثَةِ أَفرَاسٍ، وَمَا رَوَاهُ مَحمُولٌ عَلَى التَّنفِيلِ كَمَا أَعطَى سَلَمَةَ بنَ الأَكوَعِ سَهمَينِ وَهُوَ رَاجِلٌ (وَالبَرَاذِينُ وَالعِتَاقُ سَوَاءٌ) لِأَنَّ الإِرهَابَ

قوله: (ولا يسهم إلا لفرس واحد) وبه قال الشافعي ومالك.

وقال أبو يوسف: يسهم لفرسين وبه قال أحمد؛ لأنه عليه السلام أسهم للزبير خمسة أسهم سهم له وسهمين لكل واحد من فرسيه(١).

(ولأن الواحد قد يعيا فيحتاج في القتال...) إلى آخر، ولنا أنه عليه السلام لم يسهم لصاحب الأفراس يوم خيبر.

قوله: (السبب الظاهر) وهو مجاوزة الدرب بفرسين مُفضيًا إلى القتال على فرسين؛ فلم يعتبر الفرس الآخر لامتناعه على الفرسين فيعتبر الابتداء بالانتهاء في أمر القتال؛ لأن إرهابهم إنما يحصل لخوفهم عاقبة أمرهم من القتال معهم على الأفراس، والقتال لا يتصور على فرسين إليه أشار في الأسرار.

قوله: (وما رواه...)؛ أي أبو يوسف من حديث الزَبير بطريق التنفيل كما روي أنه عليه السلام أعطى لسلمة بن الأكوع سهمين وكان راجلا للتنفيل لجِدِّهِ في القتال فإنه عليه السلام قال: «**خيرُ رَجّالِتنا سَلمةُ بنُ الأكوعِ، وخيرُ فُرسانِنا أبو قتادة**»(٢)، وروي أن سلمة بن الأكوع كان يعدو عَدْوَ الفرس.

قوله: (والبراذين والعِتاق) بكسر العين البرذون واحد البراذين، وهو فرس

(*) الراجح: قول أبي حنيفة ومحمد.

(١) أخرجه عبد الرزاق (٥/ ١٨٦ رقم ٩٣٢٤) عن مكحول مرسلا.

(٢) أخرجه مسلم (٣/ ١٤٣٣ رقم ١٨٠٧) من حديث سلمة بن الأكوع ﷺ.

مُضَافٌ إِلَى جِنسِ الخَيلِ فِي الكِتَابِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَمِن رِّبَاطِ ٱلْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِۦ عَدُوَّ ٱللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ﴾ [الأنفال: ٦٠] وَاسمُ الخَيلِ يَنطَلِقُ عَلَى البَرَاذِينِ وَالعِرَابِ وَالهَجِينِ وَالمَقرِفِ إطلَاقًا وَاحِدًا، وَلِأَنَّ العَرَبِيَّ إن كَانَ فِي الطَّلَبِ وَالهَرَبِ أَقوَى فَالبِرذَونُ أَصبرُ وَأَلْيَنُ عَطفاً، فَفِي كُلٍّ وَاحِدٍ مِنهُمَا مَنفَعَةٌ مُعتَبَرَةٌ فَاستَوَيَا.

العجم، والعِتاق؛ كِرامُ الخيل العربي، والهجين: ما يكون أبوه من البراذين وأمه من العربي.

وقال في المغني[1] لابن قدامة: ما يكون أبوه عربيًّا وأمه برذونة، والمقرف ما يكون أبوه عربيًّا وأمه برذونة. وفي المغني على عكس ذلك.

قال الأوزاعي: لا يسهم للبرذون، ويسهم للمقرف سهم وللهجين سهم واحد.

وقال أحمد: يسهم لما عدا العربي سهم واحد.

وعن أبي يوسف: روايتان في رواية مثل قول العامة، وفي رواية مثل قول أحمد؛ لما روى مكحول أنه عليه السلام أعطى للعربي سهمين، وللهجين سهما.

وعن أبي موسى الأشعري أنه كتب عمر رضي الله عنه إليه أن من البراذين ما قارب العِتاق فاجعل له سهماً واحداً.

وفي المبسوط[2]: وغيره إنما ذكر محمد هذا؛ لأن أهل الشام يقولون لا يسهم للبراذين وزوروا فيه حديثا شاذًّا وحجتنا ما ذكر في الكتاب.

قوله: (وَأَلْيَنُ عَطْفًا) - بفتح العين وكسرها ومعنى الفتح الإمالة، وبالكسر الجانب. ولا يسهم لراحلة ولا بغل باتفاق العلماء؛ لأن الإرهاب لا يحصل بهما إذ لا يقاتل عليهما.

ومن غزا على بعير لا يسهم له ولبعيره عند أكثر أهل العلم وهو رواية عن أحمد واختاره أبو الخطاب.

عن أحمد: يسهم للبعير سهم فرس؛ لظاهر قوله تعالى: ﴿فَمَآ أَوْجَفْتُمْ عَلَيْهِ مِنْ خَيْلٍ وَلَا رِكَابٍ﴾ [الحشر: ٦].

---

(١) المغني لابن قدامة (٩/ ٢٤٩).

(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٠/ ٤٢).

(وَمَن دَخَلَ دَارَ الحَربِ فَارِسًا فَنَفَقَ فَرَسُهُ استَحَقَّ سَهمَ الفُرسَانِ، وَمَن دَخَلَ رَاجِلًا فَاشتَرَى فَرَسًا استَحَقَّ سَهمَ رَاجِلٍ) وَجَوَابُ الشَّافِعِيِّ عَلَى عَكسِهِ فِي الفَصلَينِ، وَهَكَذَا رَوَى ابنُ المُبَارَكِ عَن أَبِي حَنِيفَةَ فِي الفَصلِ الثَّانِي أَنَّهُ يَستَحِقُّ سَهمَ الفُرسَانِ.

وَالحَاصِلُ: أَنَّ المُعتَبَرَ عِندَنَا حَالَةُ المُجَاوَزَةِ، وَعِندَهُ: حَالَةُ انقِضَاءِ الحَربِ، لَهُ: أَنَّ السَّبَبَ هُوَ القَهرُ وَالقِتَالُ فَيُعتَبَرُ حَالُ الشَّخصِ عِندَهُ، وَالمُجَاوَزَةُ وَسِيلَةٌ إِلَى السَّبَبِ كَالخُرُوجِ مِن البَيتِ، وَتَعلِيقِ الأَحكَامِ بِالقِتَالِ يَدُلُّ عَلَى إِمكَانِ الوُقُوفِ عَلَيهِ،

وعنه أنه إن عجز عن الفرس وغزا عليه يسهم له سهم واحد كالبرذون.

والصحيح قول العامة؛ لأنه عليه السلام ما أسهم لغير الخيل، وقد كان معه يوم بدر سبعون بعيرا، ولم يَخلُ غزو من غزواته عليه السلام عن إبل وكذا من بعده من خلفائه، وأنه لا يتمكن صاحبه من الكر والفر فكان كالبغل.

قوله: (**في الفصل الثاني**) وهو ما إذا دخل راجلا واشترى فرسًا وقاتل عليه.

(**حالة المجاوزة**)؛ أي مجاوزة الدرب وهو الفاصل بين دار الإسلام ودار الحرب، والدرب لغة؛ الباب الواسع على السكّة، وعلى كل مدخل من مداخل الروم درب من دروبها ذكره في المغرب[1]، والمراد الموضع الفاصل بين الدارين.

(**وعنده**)؛ أي عند الشافعي حالة انقضاء الحرب، وهو رواية عنه، والظاهر المشهور عنده شهود الوقعة، وبه قال [٢/ ١٥/ ب] مالك وأحمد.

قوله: (**كالخروج**)؛ أي الخروج (**من البيت**) للقتال وسيلة إلى السبب كالمجاوزة، ثم عند الخروج لا يعتبر حال الغازي فكذا في هذه الوسيلة وهي المجاوزة.

قوله: (**وتعليق الأحكام بالقتال**) إلى آخره، هذا جواب عن قولنا: (**أن الحقيقة**[2] على حقيقة القتال متعسر) فقال: ولو كان متعسرًا لما تعلقت الأحكام لوجود القتال حالة (**شهود الوقعة**) وقد تعلقت؛ فإن الصبي إذا قاتل يرضخ له

---

(١) المغرب للمطرزي (ص: ١٦٢).

(٢) كذا في الأصول الخطية، وتقدم في المتن: (ولأن الوقوف على حقيقة القتال متعسر).

وَلَو تَعَذَّرَ أَو تَعَسَّرَ تَعَلَّقَ بِشُهُودِ الوَقعَةِ؛ لِأَنَّهُ أَقرَبُ إِلَى القِتَالِ.

وَلَنَا: أَنَّ المُجَاوَزَةَ نَفسَهَا قِتَالٌ، لِأَنَّهُ يَلحَقُهُم الخَوفُ بِهَا وَالحَالُ بَعدَهَا حَالَةُ الدَّوَامِ وَلَا مُعتَبَرَ بِهَا؛ وَلِأَنَّ الوُقُوفَ عَلَى حَقِيقَةِ القِتَالِ مُتَعَسِّرٌ؛ وَكَذَا عَلَى شُهُودِ

وإلا لا، وكذا العبد والمرأة والذمي والتاجر؛ فعلم أن القتال في تلك الحالة مما يمكن الوقوف عليه.

وقوله: (**ولو تعذر**)؛ أي الوقوف عليه (**أو تعسر**)؛ يعني لو كان الوقوف على القتال في هذه الحالة متعذرًا أو متعسرًا؛ تعلق حكم كونه فارسًا أو راجلا بحالة وهي (**أقرب إلى القتال**) أولى لا بمجاوزة الدرب؛ لأن المجاوزة قد تكون لغير القتال.

(**ولنا أن المجاوزة نفسها قتال**)، وهذا لأن القتال: اسم لفعل يقع به غيظ العدو وإرهابهم، ودخول دارهم بالشوكة والقوة سبب لإرهابهم وغيظهم، قال تعالى: ﴿وَمِن رِّبَاطِ ٱلْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِۦ عَدُوَّ ٱللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ﴾ [الأنفال: ٦٠] وقال تعالى: ﴿وَلَا يَطَـُٔونَ مَوْطِئًا يَغِيظُ ٱلْكُفَّارَ﴾ [التوبة: ١٢٠].

(فمتى)؛ أي المجاوزة قتال، فمتى وجد أصل القتال فارس لم يتغير حكمه بتغير أحوالهم بعد ذلك؛ لأن المنظور أصل القتال لا دوامه؛ لأنه لا يمكن تعلق الحكم بدوامه؛ لأن الفارس لا يمكنه أن يقاتل فارسًا دائمًا؛ لأنه لا بُدّ له من النزول في بعض المضايق خصوصا في المَشْجَرَةِ أو في الغَيْضَةِ أو في الحصن أو في البحر كذا في مبسوط فخر الإسلام.

وهو معنى **قوله**: (**ولا معتبر بها**)؛ أي بحالة الدوام بالإجماع، ولأنه ينشر الخبر في دارهم أنه دخل كذا كذا فارسًا فيعتبر حال الشخص عندهم أو (**لأن الوقوف على حقيقة القتال متعسر**)؛ لأنه يشق على الإمام اعتبار حالهم عند القتال وعند شهود الوقعة؛ لأنه حال التقاء[1] الصفين، واشتغال كل بنفسه فأقمنا السبب الظاهر الذي تيسر الوقوف عليه[2] مقام حقيقة القتال؛ لأن الإمام يمكنه ولا يتعسر عليه أن يكتب أساميهم يعني الفرسان والرجالة عند المجاوزة.

---

(١) كررت هاتان الكلمتان في الأصل.

(٢) في النسختين: (عليها).

الوَقعَةِ، لِأَنَّ حَالَ التِقَاءِ الصَّفَّينِ، فَتُقَامُ المُجَاوَزَةُ مَقَامَهُ، إذ هُوَ السَّبَبُ المُفضِي إِلَيهِ ظَاهِرًا إِذَا كَانَ عَلَى قَصدِ القِتَالِ، فَيُعتَبَرُ حَالُ الشَّخصِ بِحَالَةِ المُجَاوَزَةِ فَارِسًا كَانَ أَو رَاجِلًا.

وَلَو دَخَلَ فَارِسًا وَقَاتَلَ رَاجِلًا لِضِيقِ المَكَانِ يَستَحِقُّ سَهمَ الفُرسَانِ بِالِاتِّفَاقِ، وَلَو دَخَلَ فَارِسًا ثُمَّ بَاعَ فَرَسَهُ أَو وَهَبَ أَو أَجَّرَ أَو رَهَنَ، فَفِي رِوَايَةِ الحَسَنِ عَن أَبِي حَنِيفَةَ يَستَحِقُّ سَهمَ الفُرسَانِ اعتِبَارًا لِلمُجَاوَزَةِ.

وَفِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ: يَستَحِقُّ سَهمَ الرَّجَّالَةِ، لِأَنَّ الإِقدَامَ عَلَى هَذِهِ التَّصَرُّفَاتِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَم يَكُن مِن قَصدِهِ بِالمُجَاوَزَةِ القِتَالُ فَارِسًا.

وَلَو بَاعَهُ بَعدَ الفَرَاغِ لَم يَسقُط سَهمُ الفُرسَانِ، وَكَذَا إِذَا بَاعَ فِي حَالَةِ القِتَالِ عِندَ البَعضِ. وَالأَصَحُّ: أَنَّهُ يَسقُطُ، لِأَنَّ البَيعَ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ غَرَضَهُ التِّجَارَةُ فِيهِ إِلَّا أَنَّهُ يَنتَظِرُ عِزَّتَهُ (وَلَا يُسهِمُ لِمَملُوك وَلَا امرَأَة وَلَا صَبِيٍّ وَلَا ذِمِّيٍّ، وَلَكِن يُرضَخُ لَهُم عَلَى

(بعد الفراغ)؛ أي الفراغ من (القتال) ثم يسقط سهم الفرسان بالإجماع.

وفي المحيط: لو جاوز الدرب بفرس لا يستطيع القتال عليه؛ لكبره أو لصغره أو لكونه مهزولًا لا يستحق سهم الفرسان، وإن كان مريضا فعلى التفصيل المذكور فيه، ولو جاوزها على فرس مغصوب أو مستعار أو مستأجر، ثم استرد المالك وشهد الوقعة راجلًا ففيه روايتان: يستحق سهم الرَّجّالة، وفي روايةٍ سهم الفرسان.

وقال الشافعي ومالك وأحمد: لو شهد الوقعة بفرس لا يستطيع عليه القتال، لا يسهم لفرسه. ولو كان أعجف عند مالك وأحمد؛ لا يسهم له وبه قال الشافعي في قول وقال في قول: يُسهَمُ له كالمريض.

قوله: (**ولكن يُرضَخ لهم**) وبه قالت الأئمة الثلاثة وأكثر أهل العلم.

وعن أحمد؛ في رواية يرضخ للكافر إن قاتل بإذن الإمام، وبغير إذن الإمام؛ لما روي أنه عليه السلام استعان بناس من اليهود فأعطى لهم سهما. وروي أن صفوان بن أمية خرج مع النبي عليه السلام مع شركه يوم حنين فأسهم له من سهم المؤلفة.

وقلنا: الكافر ليس من أهل الجهاد فلا يستحق السهم وما رواه: رضخ؛

حَسَبِ مَا يَرَى الإِمَامُ) لِمَا رُوِيَ «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كَانَ لَا يُسهِمُ لِلنِّسَاءِ وَالصِّبيَانِ وَالعَبِيدِ وَكَانَ يَرضَخُ لَهُم» وَلَمَّا استَعَانَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ بِاليَهُودِ عَلَى اليَهُودِ لَم يُعطِهِم شَيئًا مِن الغَنِيمَةِ. يَعنِي: أَنَّهُ لَم يُسهِم لَهُم، وَلِأَنَّ الجِهَادَ عِبَادَةٌ، وَالذِّمِّيُّ لَيسَ مِن أَهلِ العِبَادَةِ، وَالصَّبِيُّ وَالمَرأَةُ عَاجِزَانِ عَنهُ وَلِهَذَا لَم يَلحَقهُمَا فَرضُهُ، وَالعَبدُ لَا يُمَكِّنُهُ المَوْلَى وَلَهُ مَنعُهُ، إِلَّا أَنَّهُ يَرضَخُ لَهُم تَحرِيضًا عَلَى القِتَالِ مَعَ إِظهَارِ انحِطَاطِ رُتبَتِهِم، وَالمُكَاتَبُ بِمَنزِلَةِ العَبدِ لِقِيَامِ الرِّقِّ وَتَوَهُّم عَجزِهِ فَيَمنَعُهُ المَوْلَى عَن الخُرُوجِ إِلَى القِتَالِ، ثُمَّ العَبدُ إِنَّمَا يُرضَخُ لَهُ إِذَا قَاتَلَ، لِأَنَّهُ دَخَلَ لِخِدمَةِ المَوْلَى فَصَارَ كَالتَّاجِرِ، وَالمَرأَةُ يُرضَخُ لَهَا إِذَا كَانَت تُدَاوِي الجَرحَى، وَتَقُومُ عَلَى المَرضَى، لِأَنَّهَا عَاجِزَةٌ عَن حَقِيقَةِ القِتَالِ فَيُقَامُ هَذَا النَّوعُ مِن الإِعَانَةِ مَقَامَ القِتَالِ،

لِما روي أنه عليه السلام لم يعطهم شيئا من الغنيمة، ولو كان سهما ينبغي أن يعطيهم من الغنيمة فعلم أنه عليه السلام رضخ لهم.

وقال مالك: يسهم لِلصَّبي المراهق إذا أطاق القتال لأنه من أهل الجهاد.

والرَّضخ من أين يكون؟ قال الشافعي في قول وأحمد في رواية: من الغنيمة وبه قال أصحابنا، وقال في قول: من خُمْسِ الخُمُس.

وقال مالك: الرّضخ من الخُمُس، وهل يستعان بالكافر في القتال عند الحاجة؟ فعندنا وأحمد يستعان؛ [لما روي من استعانة النبي عليه السلام بناس من اليهود وبصفوان بن أمية وبه قال الشافعي، وقال ابن المنذر وجماعة من أهل العلم][(١)]: لا يستعان الكافر؛ لما روي أنه عليه السلام قال: «**إنّا لَا نَستَعينُ بالمُشرِكِينَ علَى المُشرِكين**»[(٢)]، وما ذكر أنه استعان بهم غير ثابت.

وقلنا: بل هو ثابت ذكره الثقات المشهورون وما رواه غير مشهور، ولئن ثبت؛ فهو محمول على زجر قوم معين يريد إسلامهم.

قوله: (لأنها عاجزة عن حقيقة القتال)، قيد به؛ لأنها غير عاجزة عن شبهة

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٢) أخرجه أحمد (٣/ ٤٥٤ رقم ١٥٨٠١) من حديث خبيب بن أساف رضي الله عنه قال الهيثمي في مجمع الزوائد (٥/ ٣٠٣ رقم ٩٥٧٠): رواه أحمد والطبراني، ورجالهما ثقات.

بِخِلَافِ العَبدِ؛ لِأَنَّهُ قَادِرٌ عَلَى حَقِيقَةِ القِتَالِ، وَالذِّمِّيُّ إِنَّمَا يُرضَخُ لَهُ إِذَا قَاتَلَ، أَو دَلَّ عَلَى الطَّرِيقِ، وَلَم يُقَاتِل لِأَنَّ فِيهِ مَنفَعَةً لِلمُسلِمِينَ، إِلَّا أَنَّهُ يُزَادُ عَلَى السَّهمِ فِي الدَّلَالَةِ، إِذَا كَانَت فِيهِ مَنفَعَةٌ عَظِيمَةٌ، وَلَا يَبلُغُ بِهِ السَّهمَ إِذَا قَاتَلَ؛ لِأَنَّهُ جِهَادٌ، وَالأَوَّلُ لَيسَ مِن عَمَلِهِ وَلَا يُسَوِّي بَينَهُ وَبَينَ المُسلِمِ فِي حُكمِ الجِهَادِ.

(وَأَمَّا الخُمُسُ فَيُقَسَّمُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَسهُم: سَهمٌ لِليَتَامَى، وَسَهمٌ لِلمَسَاكِينِ، وَسَهمٌ لِابنِ السَّبِيلِ، يَدخُلُ فُقَرَاءُ ذَوِي القُربَى فِيهِم وَيُقَدَّمُونَ، وَلَا يُدفَعُ إِلَى أَغنِيَائِهِم) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَهُم خُمُسُ الخُمُسِ ....

القتال وهو الأمان فإن أمانها يصح بلا خلاف.

قوله: (**ولا يبلغ به**)؛ أي برضخ الكافر سهم المؤمن، ولا نعلم فيه خلافًا.

وقوله: (**أسهم**) بالرفع؛ لأنه مفعول بلا واسطة حرف [٢/١٦/أ] وهو يقام مقام الفاعل.

قوله: (**والأول**)؛ أي الدلالة (**ليس من عمله**)؛ أي عمل الجهاد، ولما كان كذلك كانت الدلالة عملا كسائر الأعمال؛ فيبلغ آخره بالغًا ما بلغ.

قوله: (**يدخل فقراء ذوي القربى فيهم**)؛ أي في هذه الأصناف الثلاثة.

قال العلّامة بدر الكردري: معنى هذا القول؛ أي أيتام ذوي القربى، ومساكين ذوي القربى يدخلون في سهم المساكين، وأبناء السبيل يدخلون في سهم ابن السبيل؛ لما أن سبب الاستحقاق في هذه الأصناف الثلاثة مصارف الخُمُس عندنا، لا على سبيل الاستحقاق حتى لو صرف إلى صنف واحد منهم جاز كما في الصدقات.

قوله: (**وقال الشافعي لهم خُمُسُ الخُمُسِ**)؛ أي لذي القربى خمس الخمس فإن عند الشافعي يقسم الخمس على خمسة أسهم للنبي عليه السلام في حياته، وبعد مماته يصرفه الإمام إلى مصالح الدين على ما يرى وبه قال أحمد وعن الشافعي أنه يردّ سهم النبي بعده على سائر الأصناف.

وحكى ابن المنذر قولا ثالثا؛ أنه يكون للأئمة بعده؛ أي الخليفة.

وقال مالك: تفرقة الخمس على الإمام يفرقه فيما يشاء، وسهم اليتامى لكل

يَستَوِي فِيهِ غَنِيُّهُم وَفَقِيرُهُم، وَيُقَسَّمُ بَينَهُم لِلذَّكَرِ مِثلُ حَظِّ الأُنثَيَينِ، وَيَكُونُ لِبَنِي هَاشِمٍ وَبَنِي المُطَّلِبِ دُونَ غَيرِهِم لِقَولِهِ تَعَالَى: ﴿وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ﴾ [الأنفال: ٤١] مِن غَيرِ فَصل بَينَ الغَنِيِّ وَالفَقِيرِ.

وَلَنَا: أَنَّ الخُلَفَاءَ الأَربَعَةَ الرَّاشِدِينَ قَسَّمُوهُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَسهُم عَلَى نَحوِ مَا قُلنَاهُ وَكَفَى بِهِم قُدوَة. وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «يَا مَعشَرَ بَنِي هَاشِم، إنَّ اللَّهَ تَعَالَى كَرِهَ لَكُم غُسَالَةَ النَّاسِ وَأَوسَاخَهُم وَعَوَّضَكُم مِنهَا بِخُمُسِ الخُمُسِ» ....

صغير فقير لا أب له. ومن أصحاب الشافعي لليتيم الغني فيه حق ومذهبنا لا حَقَّ للغني من اليتيم، وسهم لذي القربى **(يستوي فيه غنيهم وفقيرهم يقسم بينهم)** ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ﴾ [النساء: ١١].

وقال المزني والثوري؛ يستوي فيه الذكر والأنثى ويدفع إلى القاصي والداني لإطلاق النص، **(ويكون لبني هاشم وبني المطلب)** فقط.

والثاني؛ للفرق الثلاث لأنه عليه السلام قسم الخمس على خمسة أسهم، ولا نسخ بعده فكان سهمه لنائبه بعده، وذوي القربى بالقرابة يستحق؛ لأن الحكم إذا علق بأمر مشتق كان مأخذ الاشتقاق عليه لثبوته، كما في الزاني والسارق.

(فيستوي فيه غنيهم وفقيرهم) كالإرث ولا يلزم عليه اليتيم، فإن الآية في حقه مطلقة.

قال: واليتامى مع أن الفقر شرط فيه عنده، وعند أحمد وعندنا أيضًا؛ لأنا نقول: اسم اليتيم يبنى على الحاجة، ولهذا لو أوصى لأيتام فلان وهم لا يحصون يدخل فقراؤهم. أما ذوو القربى فإنه عليه السلام أعطى العباس، وله عشرون عبدًا يتجرون في عشرين ألفا.

ولنا: ما روى عن ابن عباس أن الخلفاء الراشدين كانوا يقتسمون على ثلاثة أسهم كما قلنا، وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليهم فحلّ محل الإجماع، علم أن قسمة النبي عليه السلام ما كان بطريق الحتم واللزوم بل بطريق الجواز؛ إذ لا يظن بهم خلاف رسول الله يؤيده ما قال عليه السلام سهم ذوي القربى: «**لَهُم فِي حالِ حَياتي لَا بعدَ مَماتِي**».

وَالعِوَضُ إِنَّمَا يَثْبُتُ فِي حَقِّ مَن يَثْبُتُ فِي حَقِّهِ المُعَوَّضُ وَهُم الفُقَرَاءُ.

وَالنَّبِيُّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَعطَاهُم لِلنُّصرَةِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَلَّلَ فَقَالَ: «إِنَّهُم لَن يَزَالُوا مَعِي هَكَذَا فِي الجَاهِلِيَّةِ وَالإِسلَامِ، وَشَبَّكَ بَينَ

قوله: (والعوض إنما يستحق المعوض)، وهو الصدقة لولا القرابة واستحقاقهم للصدقة، لولا القرابة باعتبار الفقر فكذا السهم.

فإن قيل: العمل بهذا الحديث خلاف مذهبكم لا يتم، قلتم بسقوط سهم ذوي القربى وجعلتم الخمس على ثلاثة أسهم.

قلنا: في الحديث دليلان:

أحدهما؛ إثبات العوض في المحل الذي فات عنه المعوض على ما ذكرنا.

والثانية[1]: جعله على خمسة أسهم ولكن قام الدليل على انعدام الحكم الثاني، وهو فعل الخلفاء الراشدين على ثلاثة أسهم كما ذكرنا، ولم يقم دليل على تغيير العوض ممن فات في حقه المعوض فقلنا به.

ونظيره ما عمل الشافعي في تكرار صلاة الجنازة بحديث صلاته عليه السلام على حمزة سبعين صلاة ومع أنه لا يقول بالصلاة على الشهيد ويقول: للحديث دلالتان أحدهما باقية وانتسخت الأخرى.

قوله: (ألا ترى أنه قال: «لن يزالوا معي...») الحديث، روي أنه عليه السلام قسم غنائم خيبر فأعطى بني هاشم وبني المطلب، ولم يعط بني نوفل وبني عبد شمس وبني أمية، فقال عثمان، وجبير بن مطعم - وعثمان من بني عبد شمس، وجبير من بني نوفل -، فقالا: نحن لا ننكر فضل بني هاشم لمكانك الذي وضع الله فيهم، ولكن نحن وبني المطلب في القرب إليك سواء، بل بنو أمية أقرب إلى رسول الله - لأن أمية أخوها هاشم لأبيه وأمه، والمطلب أخوه لأبيه - فما بالك أعطيتهم وحرمتنا؟ فقال عليه السلام: «**إِنّهم لَنّ يَزالوا...**»[2] الحديث.

---

(١) كذا بالأصول الخطية، والصواب: (الثاني)، باعتبار قوله: (دليلان).

(٢) أخرجه أبو داود (٣/ ١٤٦ رقم ٢٩٨٠)، والنسائي (٧/ ١٣٠ رقم ٤١٣٧)، وابن ماجه (٢/ ٩٦١ رقم ٢٨٨١) من حديث جبير بن مطعم ﵁، وفيه: فقال رسول الله ﷺ: «إنّهم لَمْ يفارقوني في جاهليةٍ ولَا إسلامٍ، إنما بنو هاشِمَ، وبَنو المُطّلبِ شيءٌ واحدٌ»، وشبك بين أصابعه.

قال ابن حِجر: قال البرقاني: وهو على شرط مسلم. التلخيص الحبير (٣/ ٢١٩).

أَصَابِعِهِ» دَلَّ عَلَى أَنَّ الْمُرَادَ مِنَ النَّصرِ قُربُ النُّصرَةِ لَا قُربُ الْقَرَابَةِ.

قَالَ: (فَأَمَّا ذِكرُ اللَّهِ تَعَالَى فِي الْخُمُسِ فَإِنَّهُ لِافتِتَاحِ الْكَلَامِ تَبَرُّكًا بِاسمِهِ، وَسَهمُ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ سَقَطَ بِمَوتِهِ كَمَا سَقَطَ الصَّفِيُّ) لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كَانَ يَستَحِقُّهُ بِرِسَالَتِهِ وَلَا رَسُولَ بَعدَهُ، وَالصَّفِيُّ شَيءٌ كَانَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ يَصطَفِيهِ لِنَفسِهِ مِن الغَنِيمَةِ مِثلَ دِرعٍ أَو سَيفٍ أَو جَارِيَةٍ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُصرَفُ سَهمُ الرَّسُولِ إِلَى الخَلِيفَةِ، وَالْحُجَّةُ عَلَيهِ مَا قَدَّمنَاهُ

والشبك؛ الخلط والتداخل ومنه تشبيك الأصابع كذا في الصحاح(١)؛ فعلم أن المراد قرب النصرة لا قرب القرابة وهذا جواب عن قول الشافعي: أن مأخذ الاشتقاق... إلى آخره.

فإن قيل: لو كان المراد قرب النصرة ينبغي ألّا تستحق النساء والذراري؛ لأنهم ليسوا بأهل النصرة.

قلنا: المراد نصرة الاجتماع في الشِّعب للمؤانسة في حال هجرة الناس لا القتال، ومثل هذا يكون للنساء [٢/١٦/ب] والولدان على أنهم تبع للرجال، والنصرة قد فات(٢) بفوته عليه السلام فيفوت الاستحقاق؛ لانتهاء العلة وهي النصرة لا للانتساخ، وانتهاء الحكم بانتهاء علته لا يكون نسخا كما في المؤلفة القلوب.

قوله: (ولهذا كان يستحقه برسالته) لا بالقيام بأمور أمته، ولهذا لم يرفع الخلفاء الراشدون بعده هذا السهم لأنفسهم. (ولا رسول بعده) وقد كانت له خصوصيات بشرف الرسالة لم تكن للأمة كحِلِّ التسعة وحرمة نسائه على المؤمنين، وإباحة البضع بلا مال والعصمة عن الكذب.

(والصَّفِيُّ شيء) أي شيء نفيس.

قوله: (والحجة عليه)؛ أي على الشافعي ما قدمناه، وهو أن الخلفاء قسّموه على ثلاثة أسهم.

---

(١) الصحاح للجوهري (٤/ ١٥٩٣).
(٢) كذا في الأصول الخطية، والصواب: (فاتت).

(وَسَهمُ ذَوِي القُربَى كَانُوا يَستَحِقُّونَهُ فِي زَمَنِ النَّبِيِّ ﷺ بِالنُّصرَةِ) لِمَا رَوَينَا.

قَالَ: (وَبَعدَهُ بِالفَقرِ) قَالَ العَبدُ الضَّعِيفُ عَصَمَهُ اللَّهُ: هَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ قَولُ الكَرخِيِّ.

وَقَالَ الطَّحَاوِيُّ: سَهمُ الفَقِيرِ مِنهُم سَاقِطٌ أَيضا لِمَا رَوَينَا مِن الإِجمَاعِ، وَلِأَنَّ

قوله: (وبعده)؛ أي بعد النبي عليه السلام (بالفقر)؛ لأن عمر ﵁ أعطى الفقراء منهم. وجه الأول؛ أي قول الكرخي.

وقيل: هو الأصح، إنما قال: قيل: هو الأصح، ولم يقل: وهو الأصح؛ لأن بعض مشايخنا اختار قول الطحاوي.

في المبسوط[1]: قال أبو بكر الرازي: سهمهم ما كان بالقرابة؛ بل تصرف إليهم رسول الله مجازاة على النصرة التي كانت منهم ولم يبق ذلك المعنى بعده عليه السلام.

قال: والاعتماد على هذا، ومن مشايخنا من قال الاستحقاق للفقراء منهم دون الأغنياء؛ لقوله تعالى: ﴿كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةًۢ بَيْنَ ٱلْأَغْنِيَآءِ مِنكُمْ﴾ [الحشر: ٧] فبين مصارف الخُمُس ثم بين المعنى فيه، وهو ألا يكون شيء منه دولة بين الأغنياء تتداوله أيديهم، واسم ذوي القربى عام فيخصه على الفقراء بهذا الدليل، وإنما حملنا على هذا الإجماع الخلفاء على القسمة على ثلاثة أسهم، ولا يظن بهم أنه خفي عليهم هذا.

والشافعي يقول: لا إجماع، ويستدل بحديث ذكر عن أبي جعفر بن محمد ابن علي قال: كان رأي علي في الخمس رأي أهل بيته، ولكنه كره أن يخالف أبا بكر وعمر ﵄. قال: ولا إجماع بدون [أهل][2] البيت.

وقلنا: في الحديث بيان من كان يرى ذلك من أهل البيت، وقد كان فيهم من لا يكون قوله حجة، وإنما كره علي ﵁ هذه المخالفة؛ لأنه رأى الحجة معهما فإنه قد خالفهما في كثير من المسائل، حين ظهر الدليل عنده، وهذا لأنه كان مجتهدا، ولا يحل للمجتهد أن يدع رأي نفسه برأي مجتهد آخر احترامًا له.

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٠/ ١٠).
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

فِيهِ مَعنَى الصَّدَقَةِ نَظَرًا إِلَى المَصرِفِ فَيُحرَمُهُ كَمَا حُرِمَ العُمَالَةَ.

وَجهُ الأَوَّلِ: وَقِيلَ هُوَ الأَصَحُّ، مَا رُوِيَ أَنَّ عُمَرَ ﷺ أَعطَى الفُقَرَاءَ مِنهُم، وَالإِجمَاعُ انعَقَدَ عَلَى سُقُوطِ حَقِّ الأَغنِيَاءِ، أَمَّا فُقَرَاؤُهُم فَيَدخُلُونَ فِي الأَصنَافِ الثَّلَاثَةِ.

(وَإِذَا دَخَلَ الوَاحِدُ أَو الِاثنَانِ دَارَ الحَربِ مُغِيرَينِ بِغَيرِ إِذنِ الإِمَامِ فَأَخَذُوا شَيئًا

قوله: **(فيدخلون في الأصناف الثلاثة)**؛ أي أيتام ذوي القربى يدخلون في سهم اليتامى، ومساكينهم يدخلون في سهم المساكين وابن السبيل ولو كانت فيه شبهة الصدقة لصينت قرابته في حياته عنه، ولَمَا حلَّ لهم أصلا؛ بل هو مال الله لأن الجهاد حقه فصار المضاف به له؛ فلم يكن حقًّا لزمنا أداؤه طاعة له ليصير وسخًا، وقد بيناه في أول المسألة من قول بدر الأئمة الكردري وصاحب التحفة.

وفي التيسير: هؤلاء الثلاثة مصارف باعتبار الحاجة فلا يحل للغني.

فإن قيل: إذ لا فائدة حينئذ في ذكر اليتيم في القرآن حيث دخل في المساكين.

قيل في جوابه: إنما ذكر اليتيم لدفع وهم من يتوهم أن اليتيم لا يستحق الخمس؛ لأن الخمس من الغنيمة والغنيمة بالجهاد تحصل، واليتيم ليس بأهل للجهاد فأزال ذلك الوهم بتخصيص ذكر اليتيم.

كما ذكر في التأويلات للشيخ أبي منصور في جواب سؤال وهو أن يقال: لما كان فقراء ذوي القربى يستحقون بالفقر فلا فائدة في ذكرهم في القرآن فأجاب وقال: إنما ذكرهم لأن أفهام بعض الناس قد خصه إلى أن الفقير منهم لا يستحق؛ لما أنه من قبيل الصدقة، وقد قال عليه السلام: «**لا تَحِلُّ الصَّدقةُ لمحمدٍ ولآلِهِ**»[1] فأزال ذلك الوهم بتخصيصهم بالذكر.

قوله: **(مغيرين)** بلفظ الجمع نظرا إلى قوله: احذروا فكان هذا نظير قوله تعالى: ﴿إِن يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا﴾ [النساء:١٣٥]؛ فرد الضمير إلى المعطوف والمعطوف عليه جميعًا في كلمة (أو)، وإن كانت (أو) لأحد الشيئين.

---

(١) أخرجه مسلم (٢/ ٧٥١ رقم ١٠٦٩) من حديث أبي هريرة ﷺ.

لَم يُخَمَّس) لِأَنَّ الغَنِيمَةَ هُوَ المَأخُوذُ قَهرًا وَغَلَبَةً لَا اختِلَاسًا وَسَرِقَة، وَالخُمُسُ وَظِيفَتُهَا، وَلَو دَخَلَ الوَاحِدُ أَو الاثنَانِ بِإِذنِ الإِمَامِ: فَفِيهِ رِوَايَتَانِ، وَالمَشهُورُ: أَنَّهُ يُخَمَّسُ، لِأَنَّهُ لَمَّا أَذِنَ لَهُم الإِمَامُ فَقَد التَزَمَ نُصرَتَهُم بِالإِمدَادِ فَصَارَ كَالمَنَعَةِ (فَإِن دَخَلَت جَمَاعَةٌ لَهَا مَنَعَةٌ فَأَخَذُوا شَيئًا خُمِّسَ، وَإِن لَم يَأذَن لَهُم الإِمَامُ) لِأَنَّهُ مَأخُوذٌ قَهرًا وَغَلَبَةً فَكَانَ غَنِيمَةً، وَلِأَنَّهُ يَجِبُ عَلَى الإِمَامِ أَن يَنصُرَهُم، إذ لَو خَذَلَهُم كَانَ فِيهِ وَهنُ المُسلِمِينَ، بِخِلَافِ الوَاحِدِ وَالِاثنَينِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجِبُ عَلَيهِ نُصرَتُهُم.

فَصلٌ فِي التَّنفِيلِ

قَالَ: (وَلَا بَأسَ بِأَن يُنَفِّلَ الإِمَامُ فِي حَالِ القِتَالِ، وَيُحَرِّضَ بِهِ عَلَى القِتَالِ

وفي المنية[1]: والثلاثة في حكم الاثنين وفي الأربعة يخمّس ويوضع في بيت المال.

وفي المحيط[2]: عن أبي يوسف أنه قدر الجماعة التي لا منعة لها بتسعة نفر والتي لها منعة بعشرة.

وقال الشافعي ومالك وأكثر أهل العلم؛ يخمس؛ لأنه مال حربي أُخِذَ قهرًا فكان غنيمة فيخمس لإطلاق الآية، وبالقياس على ما لو دخلوا بإذن الإمام.

ولنا وأحمد في رواية؛ أن الغنيمة ما أخذ قهرًا وغلبةً لا اختلاسًا وسرقة، والمتلصص لا يأخذ إلا بحيلة فكان هذا اكتسابَ مباحٍ كالاحتطاب والاصطياد، والخمس: الغنيمة بالنص.

يقال: خذله خذلًا؛ أي ترك عونه ونصرته من حدِّ نصر.

فصل في التنفيل

التنفيل: نوع من قسمة الغنيمة فلذلك ألحقه بها يقال نفل الإمام الغازي [٢/ ١٧/ أ] أي أعطاه زائدا على سهمه بقوله عليه السلام: «**مَن قتلَ قَتيلًا فلَهُ سَلَبُهُ**»[3].

قوله: (ولا بأس)، وفي المبسوط: ويستحب للإمام أن ينفل قبل الإصابة

---

(١) ينظر: البناية شرح الهداية للعيني (٧/ ١٨٧).

(٢) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للفخر الزيلعي (٣/ ٢٥٧).

(٣) أخرجه البخاري (٤/ ٩٢ رقم ٣١٤٢)، ومسلم (٣/ ١٣٧٠ رقم ١٧٥١) من حديث أبي قتادة ﵁.

فَيَقُولَ: «مَن قَتَلَ قَتِيلًا فَلَهُ سَلَبُهُ»، وَيَقُولَ لِلسَّرِيَّةِ: قَد جَعَلتُ لَكُم الرُّبُعَ بَعدَ الخُمُسِ) مَعنَاهُ: بَعدَمَا رَفَعَ الخُمُسَ لِأَنَّ التَّحرِيضَ مَندُوبٌ إِلَيهِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ حَرِّضِ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ عَلَى ٱلۡقِتَالِۚ﴾ [الأنفال: ٦٥] وَهَذَا نَوعُ تَحرِيضٍ، ثُمَّ قَد يَكُونُ التَّنفِيلُ بِمَا ذَكَرَ وَقَد يَكُونُ بِغَيرِهِ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَنبَغِي لِلإِمَامِ أَن يُنَفِّلَ بِكُلِّ

فعلم من هذا ما قالوه أن لفظ (لا بأس) يستعمل فيما تركه أولى ليس بمُجرَى على عمومه ولهذا قال في الكتاب: **(التحريض مندوب إليه)**.

فإن قيل: قوله تعالى: ﴿حَرِّضِ﴾ [الأنفال:٦٥] أمر، ومطلقه منصرف إلى الوجوب.

قلنا: في التنفيل ترجيح بعض الغزاة مع توهين البعض؛ فتوهين المسلم حرام خصوصًا في مثل هذا الوقت، ولأن التحريض قد يكون بالتنفيل، وقد يكون بذكر ثواب الآخرة فلو كان مطلق التحريض واجبًا لا يلزم أن يكون المعين منه واجبًا كذا قيل.

ثم التنفيل يجوز بالسلب وغيره من الأموال بأن يقول الإمام: من قتل قتيلًا فله سلبه، ومن أصاب شيئا فهو له، أو ما أصبتم فلكم ربعه أو خمسه أي بعد الخمس.

أما لو قال للعسكر: كل ما أصبتم فهو لكم بالسوية بعد الخمس فهذا لا يجوز؛ لأن المقصود من التنفيل التحريض، وذا يحصل إذا خص البعض أما إذا عمهم فلا يحصل ذلك، وفيه إبطال السُّهمان التي أوجبها النبي عليه السلام، وإبطال تفضيل الفارس على الراجل وكذا لو قال: ما أصبتم لكم ولم يقل بعد الخمس؛ لأن فيه إبطال الخمس الثابت بالنص في الغنيمة هكذا ذكره في السير الكبير.

ثم التنفيل عندنا في أربعة الأخماس وبه قال أحمد.

وقال الشافعي ومالك: التنفيل لا يصح من الخمس؛ لأنه مفوض إلى رأي الإمام وما بقي للغانمين. وقلنا: حقهم فيها بعد الإصابة لا قبلها، وهو في الحال مال الكفرة.

المَأخُوذِ، لِأَنَّ فِيهِ إبطَالَ حَقِّ الكُلِّ، فَإِن فَعَلَهُ مَعَ السَّرِيَّةِ جَازَ؛ لِأَنَّ التَّصَرُّفَ إِلَيهِ وَقَد يَكُونُ المَصلَحَةُ فِيهِ (وَلَا يُنَفِّلُ بَعدَ إحرَازِ الغَنِيمَةِ بِدَارِ الإِسلَامِ) لِأَنَّ حَقَّ الغَيرِ قَد تَأَكَّدَ فِيهِ بِالإِحرَازِ. قَالَ: (إِلَّا مِن الخُمُسِ) لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لِلغَانِمِينَ فِي الخُمُسِ (وَإِذَا لَم يَجعَل السَّلَبَ لِلقَاتِلِ فَهُوَ مِن جُملَةِ الغَنِيمَةِ، وَالقَاتِلُ وَغَيرُهُ فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: السَّلَبُ لِلقَاتِلِ إِذَا كَانَ مِن أَهلِ أَن يُسهِمَ لَهُ وَقَد قَتَلَهُ مُقبِلًا لِقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَن قَتَلَ قَتِيلًا فَلَهُ سَلَبُهُ» وَالظَّاهِرُ: أَنَّهُ نصبُ شَرع لِأَنَّهُ بَعَثَهُ

السرية: جيش قليل يسرون وقد مر تفسير الجيش والسرية.

قوله: (لأنه لا حق للغانمين في الخمس) فإن قيل: في الخمس حق أصناف الثلاثة كما ذكرنا.

قلنا: إنما جاز هذا باعتبار أن المنفل له جعل واحد من الأصناف الثلاثة، وصرف الخمس إلى واحد من الأصناف يجوز كما بينا من رواية المبسوط[١] والتحفة.

ولهذا قال في الذخيرة[٢]: لا ينبغي أن يضع ذلك في الغني ويجعل نفلا له بعد الإصابة؛ لأن الخمس حق المحتاجين لا حق للأغنياء فجَعْلُهُ للغني إبطال حقهم، وإليه أشار ابن المسيب فقال: لا نفل بعد الإحراز إلا ما كان للنبي عليه السلام.

قوله: (في ذلك) أي: في ذلك السلب سواء، وبه قال مالك وقال الشافعي وأحمد: السلب للقاتل إذا قتله مقبلًا لا مدبرًا، إذا كان من أهل أن يسهم له أو يرضخ عند أحمد.

وعند الشافعي من يكون له الرضخ فله في سلبه قولان: في قول كقول أحمد، وفي قول لا سلب له لقوله عليه السلام: **«مَن قتلَ قَتيلًا فلَهُ سلبهُ»**[٣].

و**(ظاهره لنصب الشرع)**؛ لأنه بعث له، ولأن القاتل مقبلا أظهر فضل غنائه

---

(١) أخرجه البخاري (٤/ ٩٢ رقم ٣١٤٢) ومسلم (٣/ ١٣٧٠ رقم ١٧٥١) من حديث أبي قتادة ﵁.
(٢) ينظر: البناية شرح الهداية للعيني (٧/ ١٨٠).
(٣) أخرجه البخاري (٤/ ٩٢ رقم ٣١٤٢)، ومسلم (٣/ ١٣٧٠ رقم ١٧٥١) من حديث أبي قتادة ﵁.

لَهُ، وَلِأَنَّ القَاتِلَ مُقبِلا أَكثَرَ غِنَاءً فَيَختَصُّ بِسَلَبِهِ إظهَارًا لِلتَّفَاوُتِ بَينَهُ وَبَينَ غَيرِهِ. وَلَنَا: أَنَّهُ مَأخُوذٌ بِقُوَّةِ الجَيشِ، فَيَكُونُ غَنِيمَة فَيُقَسَّمُ الغَنَائِمَ كَمَا نَطَقَ بِهِ النَّصُّ. وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِحَبِيبِ بنِ أَبِي سَلَمَةَ: «لَيسَ لَك مِن سَلَبِ قَتِيلِكَ إِلَّا مَا طَابَت بِهِ نَفسُ إِمَامِك» وَمَا رَوَاهُ يَحتَمِلُ نَصبَ الشَّرعِ وَيَحتَمِلُ التَّنفِيلَ فَنَحمِلُهُ عَلَى الثَّانِي لِمَا رَوَينَاهُ. وَزِيَادَةُ الغِنَاءِ لَا تُعتَبَرُ فِي جِنس وَاحِد كَمَا ذَكَرنَاهُ.

(وَالسَّلَبُ: مَا عَلَى المَقتُولِ مِن ثِيَابِهِ وَسِلَاحِهِ ....

على غيره؛ فيستحق التفضيل بملك ما على القتيل كالفارس مع الراجل بخلاف ما لو قتله مدبرا أو رمى من صف المسلمين فقتل مشركا؛ لأنه ليس فيه زيادة الغناء إذ كل أحد يتجاسر عليه.

ولنا إطلاق قوله تعالى: ﴿وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ﴾ [الأنفال: ٤١].

وما رواه أي الشافعي؛ محمول على التنفيل منه عليه السلام، بدليل ما روينا وهو حديث حبيب، وقال عبيدة بن الجراح[١]: سمعت النبي ﷺ يقول: «**ليسَ لِلقاتلِ مِنَ السَّلَبِ إلّا ما طابَتْ بِهِ نفسُ إمامِهِ**»[٢].

ولهذا قال ذلك عند التحريض على القتال يوم بدر كما قال: «**مَن أخذَ أسيرًا فهْوَ لَهُ**»[٣] فعلم أنه قال ذلك على وجه التنفيل، ولو قاله في المدينة في مسجده يدل على نصب الشرع، ولأنه إنما تمكن من قتله وأخذه وطلبه بقوة الجيش فلا يختص به كما لو أخذ أسيرًا أو مالًا آخر، وكما أظهر فضل الغناء في القتل أظهره في أخذ الأسير فلا يختص به، وفي الحمل على التنفيل جمع بين الحديثين، وفي الحمل على نصب الشرع يلزم التناقض.

قوله: (كما ذكرناه) إشارة إلى قوله: (ولأنه تعذر اعتبار مقدار الزيادة) أو إلى قوله: (ولأن الكَرَّ والفَرَّ جنس واحد) في فصل كيفية القسمة؛ أي كم من فارس يترجح غناه على فرسان كثيرة، وكم من راجل قد [يزيد][٤] غناه على

---

(١) كذا في الأصول الخطية، والصواب: (أبو عبيدة بن الجراح).

(٢) تقدم تخريجه قريبا.

(٣) ذكره الواقدي في المغازي (١/ ٩٩).

(٤) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

وَمَركَبِهِ، وَكَذَا مَا كَانَ عَلَى مَركَبِهِ مِن السَّرجِ وَالآلَةِ، وَكَذَا مَا مَعَهُ عَلَى الدَّابَّةِ مِن مَالِهِ فِي حَقِيبَتِهِ أَو عَلَى وَسَطِهِ، وَمَا عَدَا ذَلِكَ فَلَيسَ بِسَلَب) وَمَا كَانَ مَعَ غُلَامِهِ عَلَى دَابَّة أُخرَى فَلَيسَ بِسَلَبِهِ، ثُمَّ حُكمُ التَّنفِيلِ قَطَعَ حَقَّ البَاقِينَ، فَأَمَّا المِلكُ فَإِنَّمَا يَثبُتُ بَعدَ الإِحرَازِ بِدَارِ الإِسلَامِ لِمَا مَرَّ مِن قَبلُ، حَتَّى لَو قَالَ الإِمَامُ: مَن أَصَابَ جَارِيَة فَهِيَ لَهُ، فَأَصَابَهَا مُسلِمٌ وَاستَبرَأَهَا لَم يَحِلَّ لَهُ وَطؤُهَا، وَكَذَا لَا يَبِيعُهَا. وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَهُ أَن يَطَأَهَا وَيَبِيعَهَا(*)، لِأَنَّ التَّنفِيلَ يَثبُتُ بِهِ المِلكُ عِندَهُ، كَمَا يَثبُتُ بِالقِسمَةِ فِي دَارِ الحَربِ ....

رَجالة كثيرة؛ فلا يعتبر ذلك في زيادة استحقاق السهم كما أن تلك الزيادة في جنس واحد. **قوله**: (وَمَرْكَبُهُ) بالرفع عطفا على ما قال الشافعي: السلب ما كان عليه من جُثة الحربي كالثياب التي يقاتل فيها، والسلاح الذي يقاتل به والمركوب الذي يقاتل عليه؛ فأما ما في يده لا يقاتل عليه كالمنطقة والطوق والسوار والخاتم، وما في وسطه من النفقة وحقيبته ففيه قولان:

أحدهما؛ أنه ليس من السلب[٢/ ١٧/ ب].

والثاني؛ أنه من السلب وهو قولنا، وعن أحمد في مركبه روايتان.

ولنا: حديث البراء أنه بارز مَرْزُبانًا فقتله فبلغ سواره ومنطقته ثلاثين ألفا فدفعه عمر ﷺ إليه، وكذا في حديث معديكرب، وكذا في حديث بشير بن علقمة أنه أخذ فرسه.

وقوله: (لما مر من قبل) إشارة لما ذكرناه في باب الغنائم، (ولأن الاستيلاء إثبات اليد الحافظة الناقلة...) إلى آخره.

وقول: (**محمد له أن يطأها**) وبه قالت الأئمة الثلاثة؛ لأنه اختص بملكها بتنفيل الإمام كمشتري الجارية في دار الحرب أو بعد قسمة الإمام الغنائم في (**دار الحرب**) فأصاب بها جارية يحل وطؤها بعد استبرائها بالإجماع لاختصاص ملكه فكذا هاهنا.

(*) الراجح: قول الشيخين.

وَبِالشِّرَاءِ مِن الحَرِبِيِّ، وَوُجُوبُ الضَّمَانِ بِالإِتلَافِ قَد قِيلَ: عَلَى هَذَا الِاختِلَافِ، وَاَللَّهُ أَعلَمُ.

بَابُ استِيلَاءِ الكُفَّارِ

(وَإِذَا غَلَبَ التُّركُ عَلَى الرُّومِ ....

ولهما؛ أن سبب الملك في المنفل هو القهر فلا يتم إلا بالإحراز بالدار كما في القسمة في حق الجيش؛ لأنه قبل الإحراز مقهور دارًا وقاهر يدًا؛ فيكون السبب ثابتا من وجه دون وجه، ولا أثر للتنفيل في إتمام القهر؛ بل أثره في قطع شركة الجيش.

فأما سبب الملك للمتنفل له ما هو السبب لولا التنفيل، وهو القهر باليد والدار فأشبه اللص في دار الحرب بخلاف المشتراة؛ فسبب الملك العقد والقبض وقد تم.

فأما الجارية المصابة بالقسمة بعد الاستبراء فقيل: على هذا الخلاف.

وقيل: لما نفذت قسمة الإمام؛ لأنه مجتهد فيه يتم ملك من وقعت في سهمه فينبغي أن يحل وطؤها بالاتفاق كالمشتراة والأول أظهر كذا في المبسوط[١].

قوله: **(بالإتلاف)** بأن أتلفها بعد التنفيل رجل **(قد قيل: على هذا الاختلاف)** فعند محمد، وعندهما لا، وفي نسخة: وقد قيل بالواو.

باب استيلاء الكفار

لما ذكر أحكام استيلائنا عليهم ذكر بعده أحكام استيلاء الكفار علينا؛ لأن في القتال معهم قد تكون الغلبة لهم فقوله: **(استيلاء الكفار)** من قبيل إضافة المصدر إلى الفاعل؛ فلما شرع في بيان استيلائهم بدأ باستيلاء بعضهم بعضًا فقال: **(إذا غلب الترك)** وهو جمع التركي و**(الروم)** جمع الرومي؛ فالمراد كفار الترك ونصارى الروم.

---

(١) المبسوط للسَّرَخسِي (١٠/ ٧٢).

فَسَبَوهُم وَأَخَذُوا أَموَالَهُم مَلَكُوهَا)؛ لِأَنَّ الِاستِيلَاءَ قَد تَحَقَّقَ فِي مَال مُبَاح وَهُوَ السَّبَبُ عَلَى مَا نُبَيِّنُهُ إن شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى (فَإِن غَلَبنَا عَلَى التُّركِ حَلَّ لَنَا مَا نَجِدُهُ مِن ذَلِكَ) اعتِبَارا بِسَائِرِ أَملَاكِهِم.

(وَإِذَا غَلَبُوا عَلَى أَموَالِنَا وَالعِيَاذُ بِاَللَّهِ وَأَحرَزُوهَا بِدَارِهِم مَلَكُوهَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَملِكُونَهَا؛ لِأَنَّ الِاستِيلَاءَ مَحظُورٌ ابتِدَاءً وَانتِهَاءً، وَالمَحظُورُ لَا يَنتَهِضُ سَبَبا لِلمِلكِ عَلَى مَا عُرِفَ مِن قَاعِدَةِ الخَصمِ.

قوله: **(وإذا غلبوا)** الكفار **(على أموالنا وأحرزوها بدارهم ملكوها)** وبه قال مالك وأحمد إلا عند مالك يملكونها بمجرد الاستيلاء بدون الإحراز، ولأحمد روايتان: في رواية مع مالك، وفي رواية معنا.

وقال الشافعي: لا يملكونها؛ لأن **(استيلاءهم محظور ابتداء)**؛ أي عند الأخذ في دار الإسلام **(وانتهاء)**؛ أي عند الإحراز بدارهم لبقاء عصمة المال إذ سبب عصمته إسلام صاحبه بقوله عليه السلام: «**فإذا قالوهَا عَصَموا مِنّي دِماءَهُم وأمْوالَهُم**»[(١)]، وهو باقٍ فيبقى الحظر ضرورة **(والمحظور)** لا يصلح **(سببا للملك)** كما بُيّن في الأصول.

وصار هذا كاستيلاء المسلم على مال مسلم، واستيلائهم على رقابنا، والكفار مخاطبون بالحرمات بالإجماع كالزنا والربا فثبتت حرمة هذا القول في حقهم، ولهذا يثبت حق الاسترداد للمالك، وتقييده بقاعدة الخصم إنما يصح في المحظور من وجه دون وجه كما في البيع الفاسد، أما المحظور من كل وجه لا يفيد الملك بالاتفاق كما في استيلاء المسلم على مال المسلم.

يؤيده ما روي عن عمران بن الحصين أن المشركين أغاروا على سرح المدينة، وذهبوا بالعضباء وأسروا امرأة الراعي، فانفلتت ذات ليلة فأتت بالعضباء فقعدت في عجزها، ونذرت إن نجاها الله عليها لتنحرنّها؛ فلما قدمت المدينة ذكروا ذلك لرسول الله فقال: «**بِئْسَما جَزيْتِ لَا وفاءَ لنذرٍ في مَعْصِيَةِ اللهِ**

---

(١) جزء من حديث أخرجه البخاري (١/ ١٤ رقم ٢٥) ومسلم (١/ ٥٢ رقم ٢١) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

وَلَنَا: أَنَّ الِاستِيلَاءَ وَرَدَ عَلَى مَال مُبَاح فَيَنعَقِدُ سَبَبًا لِلمِلكِ دَفعًا لِحَاجَةِ المُكَلَّفِ كَاستِيلَائِنَا عَلَى أَموَالِهِم، ....

ولَا فيما لَا يملِكُهُ ابنُ آدمَ»[1] وأخذ ناقته.

ولنا قوله تعالى: ﴿لِلْفُقَرَآءِ ٱلْمُهَٰجِرِينَ﴾ [الحشر:٨] الآية فالله تعالى سماهم فقراء، والفقير من لا ملك له؛ فلو لم يملك الكفار أموالهم لما سُمُّوا فقراء كما تبين في الأصول.

وقال عليه السلام: «**مَن أَسْلَمَ علَى مالٍ فهْوَ لَهُ**»[2]، وإنه أسلم على هذا المال، و(**لأن الاستيلاء**) التام وهو (القدرة على المحلِّ حالًا ومآلًا) ورد على مال مباح إلى آخر ما ذكر في المتن، وأما كونه مباحا إذ المال في الأصل خلق مباحا لقوله تعالى: ﴿خَلَقَ لَكُم مَّا فِى ٱلْأَرْضِ﴾ [البقرة:٢٩] الآية.

وإنما تثبت عصمته بعارض الإحراز بدارنا، وقد زالت العصمة بزوال سببها وهو الإحراز بالدار؛ فإذا أحرزوها بدارهم تزول عصمته فلا يكون أخذهم ذلك المال عدوانًا كذا في الأسرار فصار كالاستيلاء على الصيد والحطب، ولهذا لا يملكون رقابنا.

وأما العصمة بالدين من حيث مراعاة حق الشرع والإثم [٢/١٨/أ]، وذا لا يتحقق في حق المنكرين، وإنما تكون العصمة في حقهم بالدار التي تدفع قهرهم حسما، ولهذا لم يضمنوا أموالنا بالإتلاف وأثر العصمة في إيجاب الضمان أظهر منه في دفع الملك.

فإن قيل: قال تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء:١٤١] فكيف يملكون أموالنا بالاستيلاء والتملك بالقهر من أقوى جهات السبيل؟.

قلنا: النص يتناول المؤمنين وهم لا يملكونهم بالاستيلاء؛ بل يملكون مالا مباحا وحق الاسترداد للمالك القديم لا يدل على قيام الملك، كما في الواهب يرجع في هبته ويعيد إلى قديم ملكه، وكذا الشفيع يأخذ بالشفعة من المشتري مع

---

(١) أخرجه مسلم (٣/ ١٢٦٢ رقم ١٦٤١).

(٢) أخرجه أبو يعلى (١٠/ ٢٢٦ رقم ٥٨٤٧) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال ابن حجر في الدراية (٢/ ١٢١ رقم ٧١٦): إسناده ضعيف.

وَهَذَا لِأَنَّ العِصمَةَ تَثبُتُ عَلَى مُنَافَاةِ الدَّلِيلِ ضَرُورَةَ تَمَكُّنِ المَالِكِ مِن الِانتِفَاعِ، فَإِذَا زَالَت المُكنَةُ عَادَ مُبَاحًا كَمَا كَانَ، غَيرَ أَنَّ الِاستِيلَاءَ لَا يَتَحَقَّقُ إلَّا بِالإِحرَازِ بِالدَّارِ؛ لِأَنَّهُ عِبَارَةٌ عَن الِاقتِدَارِ عَلَى المَحَلِّ حَالًا وَمَآلًا، ....

أن الملك للمشتري إلا أن له إعادة الملك قبل القسمة نظرا له؛ إذ هو مع الغزاة على السواء في هذا العين وبعد القسمة يأخذه بالقيمة؛ نظرا له وللغازي كذا في الأسرار والإيضاح(١).

وفي الكافي(٢): قوله في الهداية: **(لأن العصمة تثبت على منافاة الدليل)** إلى قوله: **(فإذا زالت الملكية عاد مباحًا)** مشكل، فإذا غلبنا على أموال أهل البغي وأحرزناها بدارنا لم يملكها مع زوال الملكية إلا أن يقال: أراد به زوال الملكية بالإحراز بدار الحرب، وثَمَّ أصل الدار واحدة، وهي بحكم الديانة مختلفة فبقيت العصمة من وجه دون وجه؛ فلم يثبت الملك بالشك بخلاف أهل الحرب؛ لأن الدار مختلفة والمنعة متباينة من كل وجه؛ فبطلت العصمة في حقهم.

وقوله: (والمحظور لغيره إذا صلح سببًا) إلى قوله: **(فما ظنك بالملك العاجل)** مشكل أيضًا؛ لأن العصمة لا تخلو إما إن زالت بالإحراز بدارهم أولى؛ فإن زالت لا يكون الاستيلاء محظورًا لما مر أنه على مال مباح، وإن لم يزل لم يصر ملكا لهم كما في مسألة البغاة إلا أن يقال: العصمة المؤتمنة باقية؛ لأنها بالإسلام وإن زالت المقومة لأنها بالدار.

وأما حديث الناقة فقبل الإحراز، ولكن حجة على مالك فإنه يزول الملك بمجرد الاستيلاء إلا أن يقول: لما زال يد الكافر، ودخلت المرأة دار الإسلام عاد ملك مالك القديم فلا يجب الوفاء بنذره.

قوله: (حَالًا وَمَآلًا)، يعني ما داموا في دارنا لا يتحقق استيلاؤهم من كل وجه؛ حيث لم يوجد استيلاؤهم.

---

(١) انظر: البناية شرح الهداية للعيني (٧/ ١٨٨).

(٢) انظر: البناية شرح الهداية للعيني (٧/ ١٨٩).

وَالمَحظُورُ لِغَيرِهِ إذَا صَلُحَ سَبَبًا لِكَرَامَة تَفُوقُ المِلكَ وَهُوَ الثَّوَابُ الآجِلُ فَمَا ظَنُّك بِالمِلكِ العَاجِلِ؟

(فَإن ظَهَرَ عَلَيهَا المُسلِمُونَ فَوَجَدَهَا المَالِكُونَ قَبلَ القِسمَةِ فَهِيَ لَهُم بِغَيرِ شَيء، وَإن وَجَدُوهَا بَعدَ القِسمَةِ أَخَذُوهَا بِالقِيمَةِ إن أَحَبُّوا) لِقَولِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِيهِ: «إن وَجَدْتَهُ قَبلَ القِسمَةِ فَهُوَ لَك بِغَيرِ شَيءٍ، وَإن وَجَدْتَهُ بَعدَ القِسمَةِ فَهُوَ لَك بِالقِيمَةِ» وَلِأَنَّ المَالِكَ القَدِيمَ زَالَ مِلكُهُ بِغَيرِ رِضَاهُ، فَكَانَ لَهُ حَقُّ الأَخذِ نَظَرًا لَهُ، إلَّا أَنَّ فِي الأَخذِ بَعدَ القِسمَةِ ضَرَرًا بِالمَأخُوذِ مِنهُ بِإِزَالَةِ مِلكِهِ الخَاصِّ فَيَأخُذُهُ بِالقِيمَةِ؛ لِيَعتَدِلَ النَّظَرُ مِن الجَانِبَينِ، وَالشَّرِكَةُ قَبلَ القِسمَةِ عَامَّةٌ فَيَقِلُّ الضَّرَرُ فَيَأخُذُهُ بِغَيرِ قِيمَةٍ.

(ومآلًا)؛ لما أن الظاهر أن المسلمين يغلبون عليهم ويأخذون الأموال؛ فأما إذا أحرزوها بدار الحرب فلا نغلبهم لانقطاع الولاية؛ فلا تؤخذ منهم الأموال فيقدرون على الأموال حالًا ومآلًا.

وقوله: (والمحظور لغيره) جواب عن قول الخصم إنه محظور.

قلنا: نعم هو محظور إلا أنه محظور لغيره، ومباح في نفسه؛ لكونه سببا لإقامة المصالح كما ذكرنا، والمحظور لغيره لا يمنع السبب عن كونه سببا للملك كالبيع وقت النداء، وكالصلاة في الأرض المغصوبة.

(يصلح سببا)؛ لإقامة المصالح؛ لاستحقاق أعلى النعم وهو (الثواب) في الآخرة فَلَأَنْ يصلح سببا للملك في الدنيا أولى كذا في الطريقة العلانية.

قوله: (فإن ظهر عليها)؛ أي على الأموال التي أخذها الكفار منا لقوله عليه السلام روي عن ابن عباس أن المشركين غلبوا على بعير لرجل ثم ظهر المسلمون عليه فسئل النبي ﷺ عن ذلك فقال: «إنْ وَجَدْتَهُ قبلَ القِسْمةِ...» الحديث[1].

وعند الشافعي: لو وجدته بعد القسمة تأخذه بغير شيء أيضًا، ولكن الإمام يعوض من وقع في سهمه من بيت المال، وإن لم يكن في بيت المال أعاد القسمة.

---

(١) تقدم تخريجه قريبًا.

(وَإِن دَخَلَ دَارَ الحَربِ تَاجِرٌ فَاشتَرَى ذَلِكَ وَأَخرَجَهُ إِلَى دَارِ الإِسلَامِ، فَمَالِكُهُ الأَوَّلُ بِالخِيَارِ: إن شَاءَ أَخَذَهُ بِالثَّمَنِ الَّذِي اشتَرَاهُ بِهِ، وَإِن شَاءَ تَركَهُ)؛ لِأَنَّهُ يَتَضَرَّرُ بِالأَخذِ مَجَّانًا؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ قَد دَفَعَ العِوَضَ بِمُقَابَلَتِهِ فَكَانَ اعتِدَالُ النَّظَرِ فِيمَا قُلنَاهُ، وَلَو اشتَرَاهُ بِعَرَض يَأخُذُهُ بِقِيمَةِ العَرَضِ، وَلَو وَهَبُوهُ لِمُسلِم يَأخُذُهُ بِقِيمَتِهِ؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ لَهُ مِلكٌ خَاصٌّ فَلَا يُزَالُ إِلَّا بِالقِيمَةِ، وَلَو كَانَ مَغنُوما وَهُوَ مِثلِيٌّ يَأخُذُهُ قَبلَ القِسمَةِ وَلَا يَأخُذُهُ بَعدَهَا؛ لِأَنَّ الأَخذَ بِالمِثلِ غَيرُ مُفِيد، وَكَذَا إِذَا كَانَ مَوهُوبا لَا يَأخُذُهُ لِمَا بَيَّنَّا. وَكَذَا إِذَا كَانَ مُشتَرى بِمِثلِهِ قَدرًا وَوَصفًا.

قوله: (وَلَوِ اشْتَرَاهُ بِعَرَضٍ)؛ أي بشيء قيمي له أخذه بقيمته، ولو اشتراه المسلم بالخمر والخنزير أخذه بقيمة العبد؛ لأنه يأخذه بطيبة نفس من الحربي لا بالبيع، لا يصح فصار كالهبة.

قوله: (فَلَا يُزَالُ إِلَّا بِالْقِيمَةِ) كما في المغنوم.

فإن قيل: هنا ثبت الملك له بغير عوض بخلاف المغنوم؛ فإنه تعين حقه فيه بإزاء ما انقطع من حقه في أيدي الباقين على ما ذكرنا.

قلنا: هاهنا أيضًا ثبت له الملك بالعوض، يعني لما أن المكافأة[1] مقصودة في الهبة، وإن لم تكن مشروطة لجعل ذلك المعنى معتبرًا في إثبات حقه في حقه[2]، إليه أشار في المبسوط[3].

قوله: (ولو كان مغنومًا وهو مثلي)؛ أي ما أخذ الكفار من المسلمين (مثلي) مثل الدراهم، والدنانير، والحنطة، والشعير، ثم وقع ذلك المثلي في القسمة فمالك القديم يأخذه قبل القسمة بغير شيء، وبعد القسمة لا يأخذه لأنه لا فائدة لأخذه كما ذكرنا في الكتاب لما قلنا وهو أن أخذه لا يفيد.

قوله: (بمثله قَدْرًا وَوَصْفًا) قيد به؛ لأنه لو كان أقل أو أردأ [٢/١٨/ب] له الأخذ بمثله.

---

(١) في الأصل: (المكاة)، والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) كذا في الأصول الخطية، وفي المبسوط (معتبرا في إثبات حقه في القيمة).
(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٠/ ٥٧).

قَالَ: (فَإِن أَسَرُوا عَبدًا فَاشتَرَاهُ رَجُلٌ وَأَخرَجَهُ إِلَى دَارِ الإِسلَامِ، فَفُقِئَت عَينُهُ وَأَخَذَ أَرشَهَا، فَإِنَّ المَولَى يَأخُذُهُ بِالثَّمَنِ الَّذِي أُخِذَ بِهِ مِن العَدُوِّ) أَمَّا الأَخذُ بِالثَّمَنِ فَلِمَا قُلنَا (وَلَا يَأخُذُ الأَرشَ)؛ لِأَنَّ المِلكَ فِيهِ صَحِيحٌ، فَلَو أَخَذَهُ أَخَذَهُ بِمِثلِهِ وَهُوَ لَا يُفِيدُ وَلَا يُحَطُّ شَيءٌ مِن الثَّمَنِ؛ لِأَنَّ الأَوصَافَ لَا يُقَابِلُهَا شَيءٌ مِن الثَّمَنِ، ....

قوله: **(لما قلنا)** إشارة إلى قوله: (لأنه يتضرر بالأخذ مجانًا).

وقوله: **(لأن الملك فيه صحيح)**؛ احتراز عن المشتري شراء فاسدا؛ فإن الأوصاف هناك مضمونة على ما ذكر في الكتاب.

قوله: **(لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن)** وفي النهاية: وفيه نظر.

وقال شيخي العلامة: وهو مشكل وهكذا ذكر في الكافي؛ لأن الأوصاف إنما لا يقابلها شيء من الثمن إذا لم يصر مقصودا بالتناول؛ فأما إذا صار مقصودا فله حظ من الثمن كما لو اشترى عبدا؛ ففقئت عينه ثم باعه مرابحة فإنه يحط من الثمن ما يخص العين بخلاف ما إذا اعْوَرَّتْ، ذكره في الفوائد الظهيرية[١].

وكما في مسألة الشفعة المذكورة في الكتاب، وهاهنا صارت مقصودة بالتناول؛ فينبغي أن يكون للمالك القديم حط ما يخص العين من الثمن؛ أجيب عنه بأن الوصف إنما يقابله شيء من الثمن عند صيرورته مقصودا بالتناول في الملك الفاسد أو في موضع الشبهة كما في المسائل المذكورة؛ فإن الملك في المشترى بالنسبة إلى الشفيع كالفاسد، وفي مسألة المرابحة الشبهة ملحقة بالحقيقة لابتناء المرابحة على الأمانة دون الخيانة، وهكذا لأن الوصف مضمون في الغصب مراعاة لحق المالك، وكذا في الشراء الفاسد.

أما في الشراء الصحيح الثمن يقابل العين لا الوصف إذ الوصف تابع، ولهذا لو ظهر للمبيع وصف مرغوب قد نفياه عند العقد لم يكن للبائع أن يطالب بمقابلته شيئًا.

وفي المبسوط: إنما لا يحط عن المولى القديم شيء من الثمن؛ لأنه

---

(١) ينظر: العناية شرح الهداية للبابرتي (٦/ ٨- ٩).

بِخِلَافِ الشُّفعَةِ؛ لِأَنَّ الصَّفقَةَ لَمَّا تَحَوَّلَت إِلَى الشَّفِيعِ صَارَ المُشتَرَى فِي يَدِ المُشتَرِي بِمَنزِلَةِ المُشتَرَى شِرَاء فَاسِدًا، وَالأَوصَافُ تُضمَنُ فِيهِ كَمَا فِي الغَصبِ، أَمَّا هَاهُنَا المِلكُ صَحِيحٌ فَافتَرَقَا.

(وَإِن أَسَرُوا عَبدا فَاشتَرَاهُ رَجُلٌ بِأَلفِ دِرهَم، فَأَسَرُوهُ ثَانِيًا وَأَدخَلُوهُ دَارَ الحَربِ، فَاشتَرَاهُ رَجُلٌ آخَرُ بِأَلفِ دِرهَم، فَلَيسَ لِلمَولَى الأَوَّلِ أَن يَأخُذَهُ مِن الثَّانِي

بالأخذ يعيده إلى قديم ملكه لبقاء حقه في العين؛ لأن يملكه ابتداء كما في الرجوع في الهبة، وما أعطى المشتري إلى العدو فداء ليس ببدل في حق المولى يفدي عبده من الجناية؛ ليبقى على ملكه لا أن يتملكه بالفداء، وإذا كان فداء لا يقابله شيء من الأوصاف كما في فداء العبد الجاني.

فإن قيل: شراء التاجر هنا بمنزلة الشراء الفاسد من حيث وجوب الرد.

قلنا: إلحاق مسألة الشفعة بالشراء أولى من شراء التاجر من العدو، ومن حيث إن شراء المشتري بدون رضا الشفيع مكروه، وشراء التاجر بدون رضاء المالك غير مكروه.

ثم اعلم أن **قوله: (بخلاف الشفعة)** إنما يستقيم فيما إذا كان فوات الأوصاف في الشفعة بفعل قصدي؛ فحينئذ يقابلها شيء من الثمن في الشفعة بخلاف مسألتنا، أما إذا كان فواتها بآفة سماوية في الشفعة بأن جف شجر البستان فلا يقابلها شيء من الثمن فحينئذ لا يخالف مسألة الشفعة[1] لمسألتنا.

وفي الكافي[2]: ولاية الأخذ للمالك القديم مع ثبوت الملك الصحيح للمشتري من العدو ثبت بخلاف القياس بقوله عليه السلام في هذا للمأسور منه: «**إِنْ شاءَ أخذَهُ بالثّمنِ وإنْ شاءَ تَرَكَ**»[3]، والثمن اسم للكل فلا يحط عنه.

قوله: (وللمشتري الأول أن يأخذه من الثاني).

فإن قيل: في ثبوت حق الأخذ للمشتري الأول إلحاق الضرر بالمالك القديم لأنه حينئذ يأخذه بالثمنين.

---

(١) في الأصل: (السبعة) والمثبت من النسخة الثانية.

(٢) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الحقائق للفخر الزيلعي (٣/ ٢٦٣).

(٣) تقدم تخريجه قريبا.

بِالثَّمَنِ)؛ لِأَنَّ الأَسرَ مَا وَرَدَ عَلَى مِلكِهِ (وَلِلمُشتَرِي الأَوَّلِ أَن يَأخُذَهُ مِن الثَّانِي بِالثَّمَنِ)؛ لِأَنَّ الأَسرَ وَرَدَ عَلَى مِلكِهِ (ثُمَّ يَأخُذُهُ المَالِكُ القَدِيمُ بِأَلفَينِ إِن شَاءَ)؛ لِأَنَّهُ قَامَ عَلَيهِ بِالثَّمَنَينِ فَيَأخُذُهُ بِهِمَا، وَكَذَا إِذَا كَانَ المَأسُورُ مِنهُ الثَّانِي غَائِبًا، لَيسَ لِلأَوَّلِ أَن يَأخُذَهُ اعتِبَارًا بِحَالِ حَضرَتِهِ (وَلَا يَملِكُ عَلَينَا أَهلُ الحَربِ بِالغَلَبَةِ مُدَبَّرِينَا وَأُمَّهَاتِ أَولَادِنَا وَمُكَاتَبِينَا وَأَحرَارَنَا وَنَملِكُ عَلَيهِم جَمِيعَ ذَلِكَ)؛ لِأَنَّ السَّبَبَ إِنَّمَا يُفِيدُ المِلكَ فِي مَحَلِّهِ، وَالمَحَلُّ المَالُ المُبَاحُ، وَالحُرُّ مَعصُومٌ بِنَفسِهِ، وَكَذَا مَن سِوَاهُ؛ لِأَنَّهُ تَثبُتُ الحُرِّيَّةُ فِيهِ مِن وَجه، بِخِلَافِ رِقَابِهِم؛ ....

قلنا: رعاية حق المشتري الأول أولى؛ لأن حقه يعود في الألف التي نقدها بلا عوض يقابلها، والمالك القديم يلحقه الضرر ولكن بعوض يقابله وهو العبد فكان ما قلناه أولى كذا في الفوائد الظهيرية[١].

قوله: **(المأسور منه الثاني)** وهو المشتري **(ليس للأول)**؛ أي للمالك الأول فإن أبى المشتري الأول أخذه، لا يأخذه المالك القديم؛ لأن حق الأخذ إنما ثبت له في ضمن عود ملك المشتري الأول فإذا لم يثبت المتضمن لا يثبت ما في ضمنه، ولو كان المشتري الأول وهبه لآخر أخذه مولاه بقيمته، ولا ينقص الهبة كما لو وهبه الكافر لمسلم.

قوله: **(وكذا من سواه)**؛ أي من سوى الحر من أم الولد والمدبر والمكاتب؛ فللمالك أن يأخذهم قبل القسمة وبعد القسمة بغير شيء.

وقال أحمد ومالك: يملكون المدبر والمكاتب بالاستيلاء حتى يأخذهما سيدهما بالقيمة، وبالثمن في الشراء، وفي أم الولد لا يملكونها عند أحمد.

وقال الزهري: يأخذها سيدها بالقيمة. وقال مالك: يفديهما الإمام فإن لم يفعل يأخذها سيدها بالقيمة ولا يدعها يستحل فرجها من لا يحل له.

(بخلاف رقابهم)؛ أي رقاب أحرار الكفار ومدبريهم ومكاتبيهم وأمهات أولادهم.

---

(١) ينظر: العناية شرح الهداية للبابرتي (٦/ ١٠).

لِأَنَّ الشَّرعَ أَسقَطَ عِصمَتَهُم جَزَاء عَلَى جِنَايَتِهِم وَجَعَلَهُم أَرِقَّاءَ وَلَا جِنَايَةَ مِن هَؤُلَاءِ.

(وَإِذَا أَبَقَ عَبدٌ لِمُسلِمٍ فَدَخَلَ إِلَيهِم فَأَخَذُوهُ لَم يَملِكُوهُ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: يَملِكُونَهُ)(*)؛ لِأَنَّ العِصمَةَ لِحَقِّ المَالِكِ لِقِيَامِ يَدِهِ وَقَد زَالَت، وَلِهَذَا لَو أَخَذُوهُ مِن دَارِ الإِسلَامِ مَلَكُوهُ. وَلَهُ: أَنَّهُ ظَهَرَت يَدُهُ عَلَى نَفسِهِ بِالخُرُوجِ مِن دَارِنَا؛ لِأَنَّ سُقُوطَ اعتِبَارِهِ لِتَحَقُّقِ يَدِ المَولَى عَلَيهِ تَمكِينًا لَهُ مِنَ الِانتِفَاعِ، وَقَد زَالَت يَدُ المَولَى فَظَهَرَت

قوله: (جزاء لجنايتهم) فإنهم لما أنكروا وحدانية الله تعالى جزاهم بأن جعلهم عبيد عبيده.

(ولا جناية من هؤلاء)؛ أي **(أحرارنا ومدبرينا وأمهات أولادنا ومكاتبينا).**

قوله: (إذا أبق عبد لمسلم)، هذا قيد اتفاقي فإنه إذا كان العبد للذمي فالحكم كذلك ذكره أبو اليسر في غناء الفقهاء: لم يملكوه عند أبي [٢/ ١٩/أ] حنيفة.

وبه قال أحمد في رواية والشافعي وقالا ومالك وأحمد في المشهور منه يملكونه؛ لأن الاستيلاء ورد على محل قابل للتمليك؛ فيثبت الملك به كما لو ندّت إليهم دابة وأخذوها، وكالمتردد في ديارنا إذا أحرزوه بدراهم وكآبِقِهِمْ إلينا، وهذا لأن العصمة لِحَقِّ المالك لوجود يده عليه وقد زالت يده عنه حقيقة وحكمًا فتزول عصمته.

قوله: (وله)؛ أي لأبي حنيفة إن سبب الملك الاستيلاء ولم يوجد فلا يثبت الملك، وهذا لأن للعبد يد على نفسه؛ لأنه آدمي مكلف ونعني بها القدرة على الحفظ والتصرف، ولهذا لو قبض ما وهب له تتم الهبة وإذا اشترى نفسه من مولاه لرجل لم يملك حبسه بالثمن إلا أنه سقط اعتبار يده على نفسه لظهور يد سيده عليه؛ ليتمكن السيد من الانتفاع به فإذا زالت يد سيده عنه بانفصاله عن دارنا ظهرت يده على نفسه، ودفعت يده ثبوت يد الكفر عليه فلا يتحقق الاستيلاء فلا يثبت كما لو استولوا على مكاتبينا.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

يَدُهُ عَلَى نَفسِهِ وَصَارَ مَعصُومًا بِنَفسِهِ فَلَم يَبقَ مَحَلًّا لِلمِلكِ، بِخِلَافِ المُتَرَدِّدِ؛ لِأَنَّ يَدَ المَولَى بَاقِيَةٌ عَلَيهِ لِقِيَامِ يَدِ أَهلِ الدَّارِ فَمَنَعَ ظُهُورَ يَدِهِ. وَإِذَا لَم يَثبُت المِلكُ لَهُم عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ يَأخُذُهُ المَالِكُ القَدِيمُ بِغَيرِ شَيءٍ مَوهُوبًا كَانَ أَو مُشتَرى أَو مَغنُومًا قَبلَ القِسمَةِ وَبَعدَ القِسمَةِ يُؤَدَّى عِوَضُهُ مِن بَيتِ المَالِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمكِنُ إِعَادَةُ القِسمَةِ لِتَفَرُّقِ

فإن قيل: يد سيده زالت إلى خلف فيمنع ظهور يده على نفسه.

قلنا: ثبوت يده على نفسه سابق على يد الكفرة فامتنع ثبوت يدهم عليه، وهذا لأن بين الدارين حدًّا لا يكون في يد أحد فلا يأمن فيه المسلمون ولا أهل الحرب فإذا بلغ ذلك الحد زالت يد سيده حقيقة وحكما ولم يخلفه يد أهل الحرب؛ لأن هذه البقعة ليست من جملة دار الحرب فصار في يد نفسه قبل وصوله إلى دار الحرب؛ لأن يد أهل الحرب إنما تثبت عليه حسا لا حكما؛ لأنها ليست بدار الأحكام فما لم يأخذوه لا تثبت يدهم عليه، وقد صار قبله في يد نفسه فلا يملكونه بالأخذ بعده بخلاف الدابة لأنه لا يد لها على نفسها إذ هي ليست من أهلها فتثبت يد الكفرة عليها.

و(**بخلاف المتردد**) في دار الإسلام؛ لأن يد سيده ما زالت عنه حكما فيمتنع ثبوت يده على نفسه، ولهذا لو وهبه لابنه الصغير صار قابضا له لبقاء يده حكما، وهذا الخلاف في عبد مسلم آبق. أما لو ارتد العبد فدخل دارهم فأخذوه تملكه الكفار بالاتفاق، ولوكان العبد كافرا فهو ذمي تبعا لمولاه، وفي العبد الذي إذا أبق قولان ذكره في طريقة مجد الأئمة.

قوله: (**يؤدى عوضه**)؛ أي يؤدي الإمام عوض العبد فيما إذا وقع في سهم رجل من بيت المال؛ لأنه معدّ لنوائب المسلمين وهذا من نوائبهم، ولأنه لو فضل شيء يتعذر قسمته كلؤلؤة توضع في بيت المال فإذا لحق غرم يجعل ذلك في بيت المال؛ لأن الغرم بإزاء الغنم.

وكذا لو كان المأسور مكاتبًا أو مدبرًا أو أم ولد أو حرٍّ، ووقع في سهم رجل يعطي الإمام قسمته من بيت المال بعد القسمة؛ لأن ذلك من نوائب المسلمين، أما لو كان موهوبًا أو مشترىً لا يغرم سيده شيئًا؛ لأن المشتري قد

الغَانِمِينَ وَتَعَذُّرِ اجتِمَاعِهِم وَلَيسَ لَهُ عَلَى المَالِكِ جُعلُ الآبِقِ؛ لِأَنَّهُ عَامِلٌ لِنَفسِهِ إذ فِي زَعمِهِ أَنَّهُ مِلكُهُ.

(وَإِن نَدَّ بَعِيرٌ إِلَيهِم فَأَخَذُوهُ مَلَكُوهُ) لِتَحَقُّقِ الِاستِيلَاءِ إذ لَا يَدَ لِلعَجمَاءِ لِتَظهَرَ عِندَ الخُرُوجِ مِن دَارِنَا، بِخِلَافِ العَبدِ عَلَى مَا ذَكَرنَا. (وَإِن اشتَرَاهُ رَجُلٌ وَأَدخَلَهُ دَارَ الإِسلَامِ، فَصَاحِبُهُ يَأخُذُهُ بِالثَّمَنِ إن شَاءَ) لِمَا بَيَّنَّا (فَإِن أَبَقَ عَبدٌ إِلَيهِم وَذَهَبَ مَعَهُ بِفَرَس وَمَتَاع، فَأَخَذَ المُشرِكُونَ ذَلِكَ كُلَّهُ، وَاشتَرَى رَجُلٌ ذَلِكَ كُلَّهُ، وَأَخرَجَهُ إِلَى دَارِ الإِسلَامِ، فَإِنَّ المَولَى يَأخُذُ العَبدَ بِغَيرِ شَيء وَالفَرَسَ وَالمَتَاعَ بِالثَّمَنِ، وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: يَأخُذُ العَبدَ وَمَا مَعَهُ بِالثَّمَنِ إن شَاءَ)(*) اعتِبَارًا لِحَالَةِ الِاجتِمَاعِ بِحَالَةِ الِانفِرَادِ وَقَد بَيَّنَّا الحُكمَ فِي كُلِّ فَرد (وَإِذَا دَخَلَ الحَربِيُّ دَارَنَا بِأَمَان وَاشتَرَى عَبدًا مُسلِمًا وَأَدخَلَهُ دَارَ الحَربِ عَتَقَ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: لَا يُعتَقُ)(**)؛ لِأَنَّ

ملكه بغير أمره حتى أمره بفدائه يرجع عليه بما أدى، وعندهما يأخذه بالثمن في المشترى وبالقيمة في الهبة كما في المأسور.

قوله: (وليس له)؛ أي للغازي أو للتاجر **(جعل الآبق)**؛ لأنه أي الغازي أو التاجر عامل لنفسه إذ في زعمه ملكه، والجعل إنما يجب إذا أخذه على قصد الرد على المالك.

قوله: (وهذا عند أبي حنيفة)؛ لما أن عنده يثبت الملك للغازي في المال دون العبد.

فإن قيل: ينبغي أن يأخذ المتاع بغير شيء عنده؛ لأنه لما ظهرت اليد للعبد على نفسه ظهرت على المال أيضًا؛ لانقطاع يد المولى عن ذلك قبل استيلاء الكفار كما بيَّنا في العبد.

قيل في جوابه: ظهرت يد العبد على نفسه مع المنافي، وهو الرق فكانت ظاهرة من وجه دون وجه؛ فجعلناها ظاهرة في حق نفسه لا في المال وفيه نوع تأمل؛ لأن استيلاء العبد على المال حقيقة وجد، وهو مال مباح فينبغي أن يمنع استيلاء الكفار كما في الصيد.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة. **(**) الراجح: قول أبي حنيفة.**

الإِزَالَةَ كَانَت مُستَحَقَّة بِطَرِيق مُعَيَّن وَهُوَ البَيعُ، وَقَد انقَطَعَت وِلَايَةُ الجَبرِ عَلَيهِ فَبَقِيَ فِي يَدِهِ عَبدًا.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّ تَخلِيصَ المُسلِمِ عَن ذُلِّ الكَافِرِ وَاجِبٌ، فَيُقَامُ الشَّرطُ وَهُوَ تَبَايُنُ الدَّارَينِ مَقَامَ العِلَّةِ وَهُوَ الإِعتَاقُ تَخلِيصًا لَهُ، كَمَا يُقَامُ مُضِيُّ ثَلَاثِ حِيَضٍ مَقَامَ التَّفرِيقِ فِيمَا إِذَا أَسلَمَ أَحَدُ الزَّوجَينِ فِي دَارِ الحَربِ.

قوله: (وقالا: لا يعتق)، وبه قال مالك وأحمد والشافعي في وجه: لا يصح بيع العبد المسلم من الكافر، وعنه في قول: يصح بيعه من الكافر.

قوله: (مستحقة)؛ أي واجبة بطريق معين وهو البيع، وقد انتهى ذلك بالرجوع إلى دارهم لعجز الإمام فبقي في يده عبدا، وهذا لأن الإحراز بدار الحرب سبب لثبوت الملك لهم فيما لم يكن مالكا له فإنهم إذا أخذوا عبدا مسلما من دارنا ملكوه، فاستحال أن يزول ملكه الثابت له قبل الإحراز.

(ولأبي حنيفة: أن تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب) [٢/١٩/ب] ولكن ذلك الكافر مستأمن في دارنا فيزال ملكه بالعوض لحرمة ماله بأمانه، فإذا دخل دار الحرب انتهت الحرمة بانتهاء الأمان وسقطت عصمة ماله فتعين العتق تخليصًا للعبد، وقد عجز القاضي عن إعتاقه عليه؛ إذ لا ينفذ قضاؤه على من في دار الحرب فقام شرط زوال عصمة ماله، وهو دخوله دار الحرب مقام علة الزوال وهو إعتاق القاضي كما (قام مضي ثلاث حيض...) إلى آخره.

وعلى هذا الخلاف: إذا أسلم عبد لحربي ثُمَّ فابتاعه مسلم أو حربي أو ذمي في دار الحرب.

لهما: أن العتق في دار الحرب يعتمد زوال القهر الخاص، وقد عدم إذ قهر البائع زال إلى قهر المشتري فصار كأنه في يد البائع.

وله: أن قهر البائع زال حقيقة والحاجة إلى ثبوت قهر المشتري ابتداء، وفي المحل ما ينافيه فلا يثبت، ولأن إسلامه يوجب زوال قهر غيره عليه إلا أنه تعذر الخطاب بالإزالة؛ فأقيم ما له أثر في زوال الملك مقام الإزالة، بخلاف ما لو أسروا عبدا مسلما في دارنا وأحرزوه بدارهم حيث ملكوه.

(وَإِذَا أَسلَمَ عَبدٌ لِحَربِيٍّ ثُمَّ خَرَجَ إِلَينَا أَو ظُهِرَ عَلَى الدَّارِ فَهُوَ حُرٌّ، وَكَذَلِكَ إِذَا خَرَجَ عَبِيدُهُم إِلَى عَسكَرِ المُسلِمِينَ فَهُم أَحرَارٌ) لِمَا رُوِيَ «أَنَّ عَبِيدًا مِن عَبِيدِ الطَّائِفِ أَسلَمُوا وَخَرَجُوا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَضَى بِعِتقِهِم وَقَالَ: هُم عُتَقَاءُ اللَّهِ» وَلِأَنَّهُ أَحرَزَ نَفسَهُ بِالخُرُوجِ إِلَينَا مُرَاغِمًا لِمَولَاهُ أَو بِالِالتِحَاقِ بِمَنَعَةِ المُسلِمِينَ، إِذَا ظُهِرَ عَلَى الدَّارِ، وَاعتِبَارُ يَدِهِ أَولَى مِن اعتِبَارِ يَدِ المُسلِمِينَ؛ لِأَنَّهَا أَسبَقُ ثُبُوتًا عَلَى نَفسِهِ،

وعلى قياس ما ذكرنا ينبغي ألا يملكوه بالأخذ؛ بل بالإحراز بدارهم ولو ملكوهم بالأخذ يجب عليهم الإزالة كما في مسألتنا فإنهم ملكوه بالشراء فوجب عليهم الإزالة بالبيع ما داموا في دارنا، ولما أدخلوه في دارهم تجب الإزالة أيضًا بإقامة الشرط مقام الإزالة على ما ذكرنا من انتهاء عصمة ماله بالإحراز.

وفي المبسوط[1]: فإن قيل: بارتفاع الأمان زال صفة الحظر لا أصل الملك كمن أباح لغيره شيئًا، لا يزول أصل ملكه به فملكه المباح في دار الحرب إبقاء ما كان في الملك له فيه ابتداء.

قلنا: ما كان ملكه بعد إسلام العبد في دار الإسلام إلا باعتبار الخطر فإنه لو لم يكن مستأمنًا؛ لكان العبد المسلم قاهرًا له، وكان حرًّا فإذا زال الخطر بزوال الأمان زال أصل الملك.

ألا ترى أنه في دار الحرب لو قتل مولاه، وأخذ ماله وخرج إلينا كان حرًّا، وما خرج به من المال له.

قوله: (فهم أحرار)، ولا أعلم فيه خلافا.

وقوله: (لأنه أحرز نفسه بالخروج إلينا) يتصل بقوله: **(ثم خرج إلينا غير مراغم)**.

وقوله: (أو[2] بالالتحاق) يتصل بقوله: **(أو ظهر على الدار)** وقيد بقوله: **(مراغما لمولاه)**؛ لأنه إذا خرج إلينا غير مراغم فهو عبد لمولاه يبيعه الإمام

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٠/ ٩٠).

(٢) في الأصل: (أي)، والمثبت من النسخة الثانية والثالثة.

فَالحَاجَةُ فِي حَقِّهِ إِلَى زِيَادَةِ تَوكِيد، وَفِي حَقِّهِم إِلَى إِثبَاتِ اليَدِ ابتِدَاءً، فَلِهَذَا كَانَ أَولَى، وَاَللَّهُ أَعلَمُ.

بَابُ المُستَأمَنِ

(وَإِذَا دَخَلَ المُسلِمُ دَارَ الحَربِ تَاجِرًا، فَلَا يَحِلُّ لَهُ أَن يَتَعَرَّضَ لِشَيء مِن أَموَالِهِم وَلَا مِن دِمَائِهِم)؛ لِأَنَّهُ ضَمِنَ أَن لَا يَتَعَرَّضَ لَهُم بِالِاستِئمَانِ، فَالتَّعَرُّضُ بَعدَ ذَلِكَ يَكُونُ غدرًا وَالغَدرُ حَرَامٌ، إِلَّا إِذَا غَدَرَ بِهِم مَلِكُهُم فَأَخَذَ أَموَالَهُم أَو حَبَسَهُم أَو فَعَلَ غَيرُهُ بِعِلمِ المَلِكِ وَلَم يَمنعهُ؛ لِأَنَّهُم هُم الَّذِينَ نَقَضُوا العَهدَ بِخِلَافِ الأَسِيرِ؛ لِأَنَّهُ غَيرُ مُستَأمَنٍ فَيُبَاحُ لَهُ التَّعَرُّضُ، وَإِن أَطلَقُوهُ طَوعا (فَإِن غَدَرَ بِهِم) أَعنِي: التَّاجِرُ (فَأَخَذَ شَيئًا وَخَرَجَ بِهِ، مَلَكَهُ مِلكًا مَحظُورًا) لِوُرُودِ الِاستِيلَاءِ عَلَى مَالٍ مُبَاحٍ، إِلَّا أَنَّهُ حَصَلَ بِسَبَبِ الغَدرِ، فَأَوجَبَ ذَلِكَ خُبثا فِيهِ (فَيُؤمَرُ بِالتَّصَدُّقِ بِهِ) وَهَذَا؛ لِأَنَّ الحَظرَ

ويقف ثمنه لمولاه؛ لأنه لم يخرج على سبيل التغلب فصار كمال الحربي الذي دخل به مستأمنًا إلى دارنا كذا في الإيضاح[1].

باب المستأمن

لما ذكر أحكام الاستيلاء أعقبه بالاستئمان؛ لأن الاستئمان بعد تحقق القهر والغلبة، وقدم استئمان المسلم على استئمان الكافر؛ لأن المسلم متقدم على الكافر وكذا أحكامه.

قوله: (**وَالْغَدْرُ حَرَامٌ**) قال عليه السلام: «**لكلِّ غادرٍ لواءٌ يُذكَرُ عندَ استِهِ يومَ القيامةِ تُعرَفُ بهِ غَدرَتُه**»[2]، وقال عليه السلام: «**المُسلمونَ عندَ شروطِهم**»[3].

قوله: (**بِخِلَافِ الْأَسِيرِ**)؛ يعني يباح له التعرض وإن أطلقوه طوعًا حتى لو قتل قومًا من أهل الحرب، وأخرج أموالهم وخرج إلينا فهو له؛ (**لأنه غير مستأمن**) ولم يوجد منه الالتزام بعقد أو عهد.

(**فأوجب ذلك**)؛ أي الغدر(**خبثًا**) حتى لو كانت جارية كره للمشتري أن

---

(١) انظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للفخر الزيلعي (٣/ ٢٦٥).
(٢) أخرجه مسلم (٣/ ١٣٦١ رقم ١٧٣٨) من حديث أبي سعيد رضي الله عنه.
(٣) أخرجه الترمذي (٣/ ٢٨ رقم ١٣٥٢) من حديث عوف المزني وقال: حسن صحيح.

لِغَيرِهِ لَا يَمنَعُ انعِقَادَ السَّبَبِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ.

(وَإِذَا دَخَلَ المُسلِمُ دَارَ الحَربِ بِأَمَانٍ فَأَدَانَهُ حَربِيٌّ أَو أَدَانَ هُوَ حَربِيًّا أَو غَصَبَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ، ثُمَّ خَرَجَ إِلَينَا وَاستَأمَنَ الحَربِيُّ، لَم يُقضَ لِوَاحِد مِنهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ بِشَيء) أَمَّا الإِدَانَةُ.

يطأها لأنه قام مقام البائع، وكان يكره للبائع وطؤها، فكذا للمشتري بخلاف المشتراة شراء فاسدًا إذا باعها يحل للمشترى منه أن يطأها بعد الاستبراء لكن الكراهة في حق المشتري الأول لبقاء حق البائع في الاسترداد وقد زال ذلك بالبيع.

وهاهنا الكراهة لمعنى الغدر كونه مأمورًا بردها عليهم ديانة، وهذا المعنى في حق الثاني كهو في حق الأول.

وفي المغني لابن قدامة(١): يجب عليه رد ما أخذ من ماله بالجناية أو بالاستقراض بأن يبعث، ولو جاء بأمان وإيمان يجب الرد عليه كما لو أخذه من مال مسلم.

وعندنا: لا يجب الرد ولكن يتصدق به ولا يجب عليه ردُّ ما استقرض قضاء.

قوله: (على ما بيناه)؛ أي في أوائل باب استيلاء الكفار من قوله: **(سببًا لكرامة تفوق...)** إلى آخره.

قوله: (فَأَدَانَهُ)، الإدانة: البيع بالدين والاستدانة الابتياع بالدين. وقولهم: إِدَّانَ بتشديد الدال من باب الافتعال؛ أي قبل الدين، والجواب في مسألة الإدانة قول أبي حنيفة ومحمد، وعلى قول أبي يوسف القاضي: يقضي على المسلم بالدين.

وقولهما في المسألة مشكل؛ لالتزام المسلم أحكام المسلمين مطلقًا فصار كما لو خرجا [٢/ ٢٠/أ] مسلمين غير أن أبا حنيفة اعتبر ديانة كل واحد منهما عند القضاء. كذا في الفوائد الظهيرية(٢).

---

(١) المغني لابن قدامة (٩/ ٢٩٥- ٢٩٦).

(٢) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للفخر الزيلعي (٣/ ٢٦٧).

فَلِأَنَّ القَضَاءَ يَعتَمِدُ الوِلَايَةَ وَلَا وِلَايَةَ وَقتَ الإِدَانَةِ أَصلًا وَلَا وَقتَ القَضَاءِ عَلَى المُستَأمَنِ؛ لِأَنَّهُ مَا التَزَمَ حُكمَ الإِسلَامِ فِيمَا مَضَى مِن أَفعَالِهِ وَإِنَّمَا التَزَمَ ذَلِكَ فِي المُستَقبَلِ. وَأَمَّا الغَصبُ: فَلِأَنَّهُ صَارَ مِلكًا لِلَّذِي غَصَبَهُ وَاستَولَى عَلَيهِ، لِمُصَادَفَتِهِ مَالًا غَيرَ مَعصُوم عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَكَذَلِكَ لَو كَانَا حَربِيَّينِ فَعَلَا ذَلِكَ ثُمَّ خَرَجَا مُستَأمَنَينِ لِمَا قُلنَا (وَلَو خَرَجَا مُسلِمَينِ قُضِيَ بِالدَّينِ بَينَهُمَا وَلَم يُقضَ بِالغَصبِ) أَمَّا المُدَايَنَةُ فَلِأَنَّهَا: وَقَعَت صَحِيحَة لِوُقُوعِهَا بِالتَّرَاضِي، وَالوِلَايَةُ ثَابِتَةٌ حَالَةَ القَضَاءِ لِالتِزَامِهِمَا الأَحكَامَ بِالإِسلَامِ. وَأَمَّا الغَصبُ: فَلِمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ مِلكُهُ وَلَا خُبثَ فِي مِلكِ الحَربِيِّ حَتَّى يُؤمَرَ بِالرَّدِّ.

(وَإِذَا دَخَلَ المُسلِمُ دَارَ الحَربِ بِأَمَان، فَغَصَبَ حَربِيًّا ثُمَّ خَرَجَا مُسلِمَينِ، أُمِرَ

وفي الكافي: وأجيب بأن المديون إذا كان حربيًّا لم يقضِ عليه بشيء؛ لأنه غير ملتزم لذلك فإذا كان مسلما وجب ألا يقضي عليه بشيء أيضًا لا لعدم الالتزام، ولكن لتحقيق المساواة بين الخصمين.

قوله: (**فَلِأَنَّ الْقَضَاءَ**)؛ أي حكم القاضي (**يعتمد الولاية**) وفيما مضى من أفعاله؛ لأنه بالاستئمان التزم أحكامنا في معاملات يباشرها في دارنا لا في معاملات يباشرها في دار الحرب، وكما لا يقضي على المستأمن لا يقضي على المسلم أيضًا تحقيقا للتسوية كما ذكرنا.

قوله: (**مِلْكًا لِلَّذِي غَصَبَهُ**)؛ أي سواء كان الغاصب كافرا في دار الحرب أو مسلما مستأمنًا.

(**على ما بيناه**)؛ أي في باب استيلاء الكفار أن الاستيلاء ورد على مال مباح، والكافر إذا استولى على مال كافر آخر. وفي غصب المسلم إذا دخل واحد أو اثنان مغيرين على دار الحرب إلى آخره. (**أما المداينة**)؛ أي الإدانة.

(**لوقوعها**)؛ أي لوقوع المداينة (**بالتراضي**) إلا أنا لم نتعرض لهما؛ لانقطاع ولايتنا فإذا خرجا مسلمين؛ وجب القضاء لقيام الولاية.

قوله: (**فغصب حربيًّا**)؛ أي مال حربي، وعلى هذا لو دخل دارهم بأمان وغصب مال حربي، وخرج الحربي إلينا مستأمنًا يفتى برد المغصوب إلى المالك

بِرَدِّ الغَصبِ وَلَم يُقضَ عَلَيهِ) أَمَّا عَدَمُ القَضَاءِ فَلِمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ مَلَكَهُ، وَأَمَّا الأَمرُ بِالرَّدِّ وَمُرَادُهُ الفَتوَى بِهِ فَلِأَنَّهُ فَسَدَ المِلكُ لِمَا يُقَارِنُهُ مِن المُحَرَّمِ وَهُوَ نَقصُ العَهدِ (وَإِذَا دَخَلَ مُسلِمَانِ دَارَ الحَربِ بِأَمَانٍ، فَقَتَلَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ عَمدًا أَو خَطأً، فَعَلَى القَاتِلِ الدِّيَةُ فِي مَالِهِ، وَعَلَيهِ الكَفَّارَةُ فِي الخَطَإِ) أَمَّا الكَفَّارَةُ فَلِإِطلَاقِ الكِتَابِ، وَأَمَّا الدِّيَةُ فَلِأَنَّ العِصمَةَ الثَّابِتَةَ بِالإِحرَازِ بِدَارِ الإِسلَامِ لَا تَبطُلُ بِعَارِضِ الدُّخُولِ بِالأَمَانِ، وَإِنَّمَا لَا يَجِبُ القِصَاصُ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمكِنُ استِيفَاؤُهُ إِلَّا بِمَنَعَةٍ، وَلَا مَنَعَةَ دُونَ الإِمَامِ وَجَمَاعَةِ المُسلِمِينَ، وَلَم يُوجَد ذَلِكَ فِي دَارِ الحَربِ، وَإِنَّمَا تَجِبُ الدِّيَةُ فِي مَالِهِ فِي العَمدِ؛

ديانة لا قضاء؛ لأن المسلم لما دخل دارهم بأمان التزم ألا يغدر بهم فإذا غدر بالغصب وجب الرد ديانة لا قضاء، كذا ذكر من غير ذكر خلاف في عامة النسخ من شروح الجامع الصغير.

ولكن ذكر قاضي خان في الجامع الصغير، وجعل هذا الحكم قول أبي حنيفة ثم قال: وقال أبو يوسف ومحمد عليه القصاص في العمد، وهو قول الشافعي ومالك وأحمد؛ لأنه قتل شخصا معصوما من أهل الحرب إذ عصمته ما زالت بالاستئمان؛ فيجب ما يجب بقتله في دار الإسلام.

ولأبي حنيفة: أنه مكثر سوادهم من وجه، ولو كان مكثرًا سوادهم من كل وجه بأن كان مستوطنا هناك لا يكون معصوما؛ فإن كان مكثرا من وجه تمكنت الشبهة في قيام العصمة فلا يجب القصاص.

وذكر السرخسي في جامعه: وفي ظاهر الرواية لا يجب القصاص، وروى أصحاب الإملاء عن أبي يوسف؛ أن عليه القصاص في العمد.

قوله: (ولم يوجد ذلك)؛ أي الإمام والمنعة **(في دار الحرب)** فلا فائدة في الوجوب فلا يجب كالحد.

وعند الأئمة الثلاثة يجب الحد أيضًا إلا أن عند أحمد؛ لا يقام في دار الحرب حتى يرجع.

وعند الشافعي؛ يؤخر أيضًا إذا لم يكن أمير الجيش أو الإمام أو أمير وإلا لا يؤخر.

لِأَنَّ العَوَاقِلَ لَا تَعقِلُ العَمدَ؛ وَفِي الخَطَإِ لِأَنَّهُ لَا قُدرَةَ لَهُم عَلَى الصِّيَانَةِ مَعَ تَبَايُنِ الدَّارَينِ وَالوُجُوبُ عَلَيهِم عَلَى اعتِبَارِ تَركِهَا.

(وَإِن كَانَا أَسِيرَينِ فَقَتَلَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ، أَو قَتَلَ مُسلِمٌ تَاجِرٌ أَسِيرًا، فَلَا شَيءَ عَلَى القَاتِلِ إِلَّا الكَفَّارَةُ فِي الخَطَإِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: فِي الأَسِيرَينِ الدِّيَةُ فِي الخَطَإِ وَالعَمدِ)؛ لِأَنَّ العِصمَةَ لَا تَبطُلُ بِعَارِضِ الأَسرِ كَمَا لَا تَبطُل بِعَارِضِ الِاستِئمَانِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَامتِنَاعُ القِصَاصِ؛ لِعَدَمِ المَنَعَةِ، وَيَجِبُ الدِّيَةُ فِي مَالِهِ لِمَا قُلنَا. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّ بِالأَسرِ صَارَ تَبَعًا لَهُم؛ لِصَيرُورَتِهِ مَقهُورًا فِي أَيدِيهِم، وَلِهَذَا يَصِيرُ مُقِيمًا بِإِقَامَتِهِم وَمُسَافِرًا بِسَفَرِهِم فَيَبطُلُ بِهِ الإِحرَازُ أَصلا وَصَارَ كَالمُسلِمِ الَّذِي لَم يُهَاجِر إِلَينَا، وَخَصَّ الخَطَأَ بِالكَفَّارَةِ؛ لِأَنَّهُ لَا كَفَّارَةَ فِي العَمدِ عِندَنَا.

فَصْلٌ: [الحَرْبِيُّ إذا دَخَلَ إلَيْنَا مُسْتَأمَنا]

قَالَ: (وَإِذَا دَخَلَ الحَربِيُّ إِلَينَا مُستَأمَنًا لَم يُمَكَّن أَن يُقِيمَ فِي دَارِنَا سَنَة، وَيَقُولُ لَهُ الإِمَامُ: إن أَقَمتَ تَمَامَ السَّنَةِ وَضَعتُ عَلَيك الجِزيَةُ) وَالأَصلُ: أَنَّ الحَربِيَّ لَا يُمَكَّنُ مِن إِقَامَة دَائِمَة فِي دَارِنَا إِلَّا بِالِاستِرقَاقِ أَو الجِزيَةِ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ عَينا لَهُم وَعَونًا عَلَينَا فَتَلتَحِقُ المَضَرَّةُ بِالمُسلِمِينَ، وَيُمَكَّنُ مِن الإِقَامَةِ اليَسِيرَةِ؛ لِأَنَّ فِي مَنعِهَا قَطعَ المِيرَةِ وَالجَلَبِ

قوله: (فيبطل به)؛ أي بكونه مقهورا في أيديهم وتبعا لهم (الإحراز أصلا) لما أن الأصل غير معصوم فكذا تبعه (وصار كالمسلم الذي لم يهاجر إلينا) بجامع أن كل واحد منهما مقهور في أيديهم بخلاف المستأمن؛ لأنه متمكن من الخروج من دارهم فلا يكون تبعا لهم فلا تبطل عصمته. إلى هذا أشار الإمام قاضي خان.

(فصل)

قوله: (لأنه)؛ أي الحربي (يصير عينا) والعين؛ الديدبان والجاسوس، والعون الظهير على الأمر والجمع الأعوان، (والميرة): الطعام يمتاره الإنسان من مار يمير، (والجلب) والأجلاب؛ الذين يجلبون الإبل والغنم للبيع كذا في الصحاح[1]، وفي المغرب[2]: جلب الشيء؛ جاء به من بلد إلى بلد للتجارة جلبا، والجلب المجلوب، ومنه: نهى عن تلقي الجلب.

---

(١) الصحاح للجوهري (١/ ١٠١). (٢) المغرب للمطرزي (ص: ٨٦).

وَسَدَّ بَابِ التِّجَارَةِ، فَفَصَلنَا بَينَهُمَا بِسَنَة؛ لِأَنَّهَا مُدَّةٌ تَجِبُ فِيهَا الجِزيَةُ، فَتَكُونُ الإِقَامَةُ لِمَصلَحَةِ الجِزيَةِ، ثُمَّ إن رَجَعَ بَعدَ مَقَالَةِ الإِمَامِ قَبلَ تَمَامِ السَّنَةِ إِلَى وَطَنِهِ فَلَا سَبِيلَ عَلَيهِ، وَإِذَا مَكَثَ سَنَة فَهُوَ ذِمِّيٌّ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا أَقَامَ سَنَة بَعدَ تَقَدُّمِ الإِمَامِ إِلَيهِ صَارَ مُلتَزِمًا الجِزيَةَ فَيَصِيرُ ذِمِّيًّا، وَلِلإِمَامِ أَن يُوَقِّتَ فِي ذَلِكَ مَا دُونَ السَّنَةِ كَالشَّهرِ وَالشَّهرَينِ (وَإِذَا أَقَامَهَا بَعدَ مَقَالَةِ الإِمَامِ يَصِيرُ ذِمِّيًّا) لِمَا قُلنَا (ثُمَّ لَا يُترَكُ أَن يَرجِعَ إِلَى دَارِ الحَربِ)؛ لِأَنَّ عَقدَ الذِّمَّةِ لَا يُنقَضُ، كَيفَ وَأَنَّ فِيهِ قَطعَ الجِزيَةِ وَجَعلُ وَلَدِهِ حَربًا عَلَينَا وَفِيهِ مَضَرَّةٌ بِالمُسلِمِينَ. (فَإِن دَخَلَ الحَربِيُّ دَارَنَا بِأَمَانٍ وَاشتَرَى أَرضَ خَرَاجٍ، ....

ويقال: (تقدم الإمام إليه) بكذا، وفي الكافي: إذا أمر به.

قوله: (**بعد تقدم الإمام إليه صار ملتزما**) فظاهره يدل على شرطية التقدم، ولفظ المبسوط[1]: يدل على أن تقدم الإمام ليس بشرط بصيرورته ذميًّا فإنه قال: وينبغي للإمام أن يتقدمه إليه فيأمره بالخروج إلى داره على سبيل الإعذار والإنذار، وفي التقدم إليه إن بيّن مدة وقال: إن خرجت إلى وقت كذا وإلا جعلتك ذميًّا، وإن لم يُقدِّر مدة فالمعتبر الحول فبعد الحول لا يمكِّنه من الخروج؛ لأن هذا لإبلاء العذر، والحول كذلك حسن كما في أجل العنين، ولأنها مدة تجب فيها الجزية وأدنى الأوقات غير مقدر؛ بل مفوض إلى رأي الإمام إلا أنه ينبغي للإمام أن يرهقه على وجه يتضرر به.

قوله: (**وإذا أقامها**)؛ أي المدة (**بعد مقالة الإمام يصير ذميًّا**)؛ لما قلنا، وهو أنه لما أقام سنة بعد تقدم الإمام يصير ذميًّا.

وفي فتاوى العتابي[2]: لو أقام سنين من غير أن يتقدم إليه الإمام فله أن يرجع إلا إذا قال الإمام له: إن رجعت إلى كذا، وإلا جعلتك [٢/ ٢٠/ب] ذميًّا؛ فلم يرجع صار ذميًّا، واستأنف عليه الجزية بحول بعد مضي المدة المضروبة؛ إلا أن يكون شرط عليه سنة أخذ منه الجزية فيأخذها منه حينئذ.

قوله: (**لِأَنَّ عَقْدَ الذِّمَّةِ لَا يُنْقَضُ**)؛ لأنه خُلف عن الإسلام؛ فلا يمكن نقضه كالإسلام.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٠/ ٨٤).

(٢) ينظر: البناية شرح الهداية للعيني (٧/ ٢٠٨).

فَإِذَا وُضِعَ عَلَيهِ الخَرَاجُ فَهُوَ ذِمِّيٌّ)؛ لِأَنَّ خَرَاجَ الأَرضِ بِمَنزِلَةِ خَرَاجِ الرَّأسِ، فَإِذَا التَزَمَهُ صَارَ مُلتَزِمًا المَقَامَ فِي دَارِنَا، أَمَّا بِمُجَرَّدِ الشِّرَاءِ لَا يَصِيرُ ذِمِّيًا؛ لِأَنَّهُ قَد يَشتَرِيهَا لِلتِّجَارَةِ، وَإِذَا لَزِمَهُ خَرَاجُ الأَرضِ فَبَعدَ ذَلِكَ تلزَمُهُ الجِزيَةُ لِسَنَة مُستَقبَلَة؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ ذِمِّيًّا بِلُزُومِ الخَرَاجِ فَتُعتَبَرُ المُدَّةُ مِن وَقتِ وُجُوبِهِ.

وَقَولُهُ فِي الكِتَابِ: فَإِذَا وُضِعَ عَلَيهِ الخَرَاجُ فَهُوَ ذِمِّيٌّ، تَصرِيحٌ بِشَرطِ الوَضعِ، فَيَتَخَرَّجُ عَلَيهِ أَحكَامٌ جَمَّةٌ فَلَا تَغفُل عَنهُ.

(وَإِذَا دَخَلَت حَربِيَّةٌ بِأَمَان فَتَزَوَّجَت ذِمِّيًّا صَارَت ذِمِّيَّة)؛ لِأَنَّهَا التَزَمَت المُقَامَ

(**وضع عليه الخراج**)؛ أي وظف عليه (**فهو ذمي**) وكذا لو لزمه عشر في قياس قول محمد بأن اشترى أرض خراج، وحكم الشرع فيها بوجوب الخراج صار ملتزما حكما من أعلام الإسلام ذكره قاضي خان.

وفي الفوائد الظهيرية[1]: والمراد من وضع الخراج؛ التزام أرض خراج بمباشرة سببه، وهو الزراعة أو تعطيلها عنها مع التمكن منها وهو الصحيح وهكذا ذكره في المبسوط، ودلت المسألة على أنه لا يصير ذميًّا بنفس الشراء؛ لجواز أن يشتريها للتجارة.

قوله: (**فَيَتَخَرَّجُ**) على بناء الفاعل عليه؛ أي على قوله: (**ذميًّا**) بوضع الخراج (**أحكام جمة**)؛ أي كثيرة (**فلا تغفل عنه**)؛ أي عن شرط الوضع، والأحكام؛ المنع من الخروج إلى دار الحرب، وجريان القصاص بينه وبين مسلم عندنا، ووجوب الدية بقتله خطأ، ووجوب الضمان بإتلاف خمره وخنزيره، وثبوت كل حكم يثبت في حق الذمّي.

قوله: (**صارت ذمية**) فتجري عليها أحكام أهل الذمة من وضع الخراج في أرضها ومنع الخروج إلى دار الحرب.

وقالت الأئمة الثلاثة: لا تصير ذمية، ولا تمنع من الخروج إذا رضي الزوج به أو فارقها، ولا تصير كما لو تزوّج حربي ذمية.

---

(١) ينظر: العناية شرح الهداية للبابرتي (٦/ ٢٤).

تَبَعًا لِلزَّوجِ (وَإِذَا دَخَلَ حَربِيٌّ بِأَمَان فَتَزَوَّجَ ذِمِّيَّة لَم يَصِر ذِمِّيًا)؛ لِأَنَّهُ يُمكِنُهُ أَن يُطَلِّقَهَا فَيَرجِعُ إِلَى بَلَدِهِ فَلَم يَكُن مُلتَزِمًا المُقَامَ.

(وَلَو أَنَّ حَربِيًّا دَخَلَ دَارَنَا بِأَمَان، ثُمَّ عَادَ إِلَى دَارِ الحَربِ وَتَرَكَ وَدِيعَة عِندَ مُسلِم أَو ذِمِّيٍّ أَو دَينًا فِي ذِمَّتِهِم، فَقَد صَارَ دَمُهُ مُبَاحًا بِالعَودِ)؛ لِأَنَّهُ أَبطَلَ أَمَانَهُ (وَمَا فِي دَارِ الإِسلَامِ مِن مَالِهِ عَلَى خَطَرٍ، فَإِن أُسِرَ أَو ظَهَرَ عَلَى الدَّارِ، فَقُتِلَ سَقَطَت دُيُونُهُ، وَصَارَت الوَدِيعَةُ فَيئًا) أَمَّا الوَدِيعَةُ: فَلِأَنَّهَا فِي يَدِهِ تَقدِيرًا؛ لِأَنَّ يَدَ المُودَعِ كَيَدِهِ فَيَصِيرُ فَيئا تَبَعًا لِنَفسِهِ، وَأَمَّا الدَّينُ: فَلِأَنَّ إِثبَاتَ اليَدِ عَلَيهِ بِوَاسِطَةِ المُطَالَبَةِ وَقَد سَقَطَت، وَيَدُ مَن عَلَيهِ أَسبَقُ إِلَيهِ مِن يَدِ العَامَّةِ فَيَختَصُّ بِهِ فَيَسقُطُ (وَإِن قُتِلَ وَلَم يُظهَر عَلَى الدَّارِ، فَالقَرضُ والوَدِيعَةُ لِوَرَثَتِهِ) وَكَذَلِكَ إِذَا مَاتَ؛ لِأَنَّ نَفسَهُ لَم تَصِر مَغنُومَة فَكَذَلِكَ مَالُهُ، وَهَذَا لِأَنَّ حُكمَ الأَمَانِ بَاق فِي مَالِهِ، فَيُرَدُّ عَلَيهِ أَو عَلَى وَرَثَتِهِ مِن بَعدِهِ.

وقلنا: المرأة تابعة للرجل في السكنى حتى كان له أن يُسكِنها حيث شاء، وتصير مقيمة بإقامته فتصير راضية بالإقامة في دارنا فتصير ذمية، أما الرجل لا يتبعها في السكنى بدليل عكس ما ذكرنا فلم يصر راضيا بالمقام في دارنا فلم يصر ذميًّا.

ولا يقال: قد نقل أنه عليه السلام قال: «**مَنْ تأهَّلَ ببلدةٍ فهوَ منهَا**»[(١)]؛ لأن ذلك غير ثابت عن النبي عليه السلام؛ بل هو مما تلفظ به العامة كذا في جامع قاضي خان، وفيه سؤال وجواب قد ذكرناه في فصل فلا نعيده، وهو إذا أرادت المطلقة.

قوله: (تبعا لنفسه) فكذا ما في يد مودعه، وعن أبي يوسف: أن الوديعة تصير مملوكة للمودع كما في الدين؛ لأن يده بها أسبق فهو لها أحق، وفي ظاهر الرواية؛ لا تصير ملكا له؛ **(لأن يد المودع كيده)** كما ذكر في الكتاب.

قوله: (لأن حكم الأمان باق في ماله فيرد عليه أو على ورثته)؛ لأن يد المودع كيده، وبه قال الشافعي وأحمد.

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في المسند كما في نصب الراية (٣/ ٢٧١) من حديث عثمان بن عفان ﷺ، ولم أجده في المطبوع من مسند ابن أبي شيبة وفي سنده عكرمة بن إبراهيم ضعيف.

قَالَ: (وَمَا أَوجَفَ المُسلِمُونَ عَلَيهِ مِن أَموَالِ أَهلِ الحَربِ بِغَيرِ قِتَالٍ، يُصرَفُ فِي مَصَالِحِ المُسلِمِينَ كَمَا يُصرَفُ الخَرَاجُ) قَالُوا: هُوَ مِثلُ الأَرَاضِي الَّتِي أَجلَوا أَهلَهَا عَنهَا وَالجِزيَةِ وَلَا خُمُسَ فِي ذَلِكَ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: فِيهِمَا الخُمُسُ اعتِبَارًا بِالغَنِيمَةِ. وَلَنَا: مَا رُوِيَ «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَخَذَ الجِزيَةَ» وَكَذَا عُمَرُ وَمُعَاذٌ، وَوُضِعَ فِي بَيتِ المَالِ وَلَم يُخَمَّس، وَلِأَنَّهُ مَالٌ مَأخُوذٌ بِقُوَّةِ المُسلِمِينَ مِن غَيرِ قِتَال،

فإن قيل: ينبغي أن تصير فيئا كما إذا أسلم الحربي في دار الإسلام، وله وديعة عند مسلم في دار الحرب، ثم ظهر على الدار يكون فيئاً ولا تكون يد المودع كيده.

قلنا: عصمة المال ما كانت ثابتة في دار الحرب فيكون المودع في يد المسلم في دار الحرب، معصوما من وجه دون وجه فلا تصير معصومة بالشك، أما هاهنا العصمة ثابتة عند الإيداع، ولم يظهر على دار الحرب فكانت العصمة باقية كما كانت؛ إذ دار الإسلام دار العصمة إليه أشار قاضي خان.

قوله: (وما أوجف المسلمون...) إلى آخره، وَجَفَ الشيءُ: اضطرب والوجف: ضربٌ من سير الإبل والخيل، ويقال: أوجف البعير إذا أعلمه، قال تعالى: ﴿أَوۡجَفۡتُمۡ عَلَيۡهِ﴾ [الحشر:٦] أي أعلمتم **(وما أوجف المسلمون)**؛ أي أعلموا ركائبهم وخيلهم في تحصيله.

وفي المغرب[1]: الجلاء - بالفتح والمد-: الخروج عن الوطن أو الإخراج يقال: جلا السلطان القوم وأجلاهم؛ أي أخرجهم فجلوا؛ أي خرجوا كلاهما يتعدّى ولا يتعدّى.

وقوله: (والجزية) - بالجر عطفا على الأراضي -؛ أي هو مثل الأراضي التي كلاهما أجلوا أهلها ومثل الجزية.

قوله: (فيهما)؛ أي في الأراضي التي أجلوها وأهلها وفي **(الجزية)**، وفي بعض النسخ (فيها)؛ أي في الثلاثة: المذكوران والخراج.

قال: **(كل مال مأخوذ)** من الكفار بغير قتال أو أخذ منهم للكفّ عنهم

---

(١) المغرب للمطرزي (ص: ٨٨).

بِخِلَافِ الغَنِيمَةِ؛ لِأَنَّهُ مَملُوكٌ بِمُبَاشَرَةِ الغَانِمِينَ وَبِقُوَّةِ المُسلِمِينَ، فَاستَحَقَّ الخُمُسَ بِمَعنى وَاستَحَقَّهُ الغَانِمُونَ بِمَعنى، وَفِي هَذَا السَّبَبِ وَاحِدٌ، وَهُوَ مَا ذَكَرنَاهُ فَلَا مَعنى لِإِيجَابِ الخُمُسِ.

(وَإِذَا دَخَلَ الحَربِيُّ دَارَنَا بِأَمَانٍ وَلَهُ امرَأَةٌ فِي دَارِ الحَربِ، وَأَولَادٌ صِغَارٌ وَكِبَارٌ، وَمَالٌ أَودَعَ بَعضَهُ ذِمِّيًّا وَبَعضَهُ حَربِيًّا وَبَعضَهُ مُسلِمًا، فَأَسلَمَ هَاهُنَا، ثُمَّ ظُهِرَ عَلَى الدَّارِ، فَذَلِكَ كُلُّهُ فَيءٌ) أَمَّا المَرأَةُ وَأَولَادُهُ الكِبَارُ فَظَاهِرٌ؛ لِأَنَّهُم حَربِيُّونَ كِبَارٌ وَلَيسُوا بِأَتبَاعٍ، وَكَذَلِكَ مَا فِي بَطنِهَا لَو كَانَت حَامِلًا لِمَا قُلنَا مِن قَبلُ.

وَأَمَّا أَولَادُهُ الصِّغَارُ: فَلِأَنَّ الصَّغِيرَ إِنَّمَا يَصِيرُ مُسلِمًا تَبَعًا لِإِسلَامِ أَبِيهِ إِذَا كَانَ فِي يَدِهِ وَتَحتَ وِلَايَتِهِ، وَمَعَ تَبَايُنِ الدَّارَينِ لَا يَتَحَقَّقُ ذَلِكَ، وَكَذَا أَموَالُهُ لَا تَصِيرُ مُحرَزَةً بِإِحرَازِهِ نَفسَهُ لِاختِلَافِ الدَّارَينِ فَبَقِيَ الكُلُّ فَيئًا وَغَنِيمَةً (وَإِن أَسلَمَ فِي دَارِ الحَربِ، ثُمَّ جَاءَ فَظُهِرَ عَلَى الدَّارِ، فَأَولَادُهُ الصِّغَارُ أَحرَارٌ مُسلِمُونَ) تَبَعًا لِأَبِيهِم؛ لِأَنَّهُم كَانُوا تَحتَ وِلَايَتِهِ حِينَ أَسلَمَ إِذِ الدَّارُ وَاحِدَةٌ (وَمَا كَانَ مِن مَال ....

بخمس، فأما ما أخذ منهم من غير خوف؛ كالجزية وعشر التجارة ومال من مات ولا وارث له، فيه قولان: في الجديد يخمس وبه قال مالك.

ولأحمد في الفيء روايتان: في ظاهر مذهبه لا يخمس كقولنا، وفي رواية عنه يخمس كقول الشافعي.

وهذا الفيء عند الشافعي يصرف إلى من يصرف إليه خمس من الغنيمة؛ لأنه مال أخذ بقوة المسلمين فكان كالغنيمة.

ولنا ما روى في الكتاب، **(ولأنه)**؛ أي المأخوذ بإيجاف المسلمين **(مال مأخوذ)** منهم من غير قتال بل أخذ منهم بالرعب من المسلمين، **(واستحقه الغانمون)** باعتبار **(معنى)** وهو القتال.

(وفي هذا)؛ أي فيما أوجف عليه المسلمون السبب واحد وهو ما ذكرناه وهو قوله: **(مأخوذ [٢/ ٢١/أ] بقوة المسلمين)** فلا معنى لإيجاب الخمس؛ لأنه تعالى قال ﴿فَمَآ أَوۡجَفۡتُمۡ عَلَيۡهِ مِنۡ خَيۡلٖ وَلَا رِكَابٖ﴾ [الحشر:٦] فجعل كله لجميع المسلمين.

أَودَعَهُ مُسلِمًا أَو ذِمِّيًا فَهُوَ لَهُ)؛ لِأَنَّهُ فِي يَدٍ مُحتَرَمَة وَيَدُهُ كَيَدِهِ (وَمَا سِوَى ذَلِكَ فَيءٌ) أَمَّا المَرأَةُ وَأَولَادُهُ الكِبَارُ فَلِمَا قُلنَا. وَأَمَّا المَالُ الَّذِي فِي يَدِ الحَربِيِّ؛ فَلِأَنَّهُ لَم يَصِر مَعصُومًا؛ لِأَنَّ يَدَ الحَربِيِّ لَيسَت يَدًا مُحتَرَمَة.

(وَإِذَا أَسلَمَ الحَربِيُّ فِي دَارِ الحَربِ، فَقَتَلَهُ مُسلِمٌ عَمدًا أَو خَطأً وَلَهُ وَرَثَةٌ مُسلِمُونَ هُنَاكَ، فَلَا شَيءَ عَلَيهِ إِلَّا الكَفَّارَةُ فِي الخَطَإِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تَجِبُ الدِّيَةُ فِي الخَطَإِ وَالقِصَاصُ فِي العَمدِ؛ لِأَنَّهُ أَرَاقَ دَماً مَعصُومًا لِوُجُودِ العَاصِمِ وَهُوَ الإِسلَامُ لِكَونِهِ مُستَجلِبًا لِلكَرَامَةِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ العِصمَةَ أَصلُهَا المُؤثِمَةُ؛ لِحُصُولِ أَصلِ الزَّجرِ بِهَا وَهِيَ ثَابِتَةٌ إِجمَاعًا، وَالمُقَوِّمَةُ كَمَالٌ فِيهِ لِكَمَالِ الِامتِنَاعِ بِهِ فَيَكُونُ وَصفاً فِيهِ فَتَتَعَلَّقُ بِمَا عُلِّقَ بِهِ الأَصلُ.

قوله: (**أَوْدَعَهُ مُسْلِمًا أَوْ ذِمِّيًّا**) قيد بالإيداع؛ لأنه إذا كان غصبا في أيديهما يكون فيئا لعدم النيابة.

وعند أبي يوسف ومحمد: يجب ألا يكون فيئا إلا ما أخذ بقوة غصبا عند حربي وبه قالت الأئمة الثلاثة، وعلى قياس إن أسلم الحربي في دار الحرب، ولم يخرج حتى ظهر على الدار فالجواب فيه، وقد ذكرناه في باب الغنائم.

قوله: (**وقال الشافعي...**) إلى آخره وبه قال مالك وأحمد؛ (**لأنه**)؛ أي القاتل (**أراق دمًا معصومًا**) قال عليه السلام: «**فإذا قَالُوهَا عَصَمُوا مِنِّي...**»[1] الحديث (**لكونه**)؛ أي لكون الإسلام (**مستجلبا للكرامة**) يثبت نعمة وكرامة فيتعلق بماله أثر في استحقاق الكرامات، وهو الإسلام إذ به يحصل السعادة الأبدية لا بالدار التي هي جماد، ولا أثر للجماد في استحقاق الكرامات.

(**لأن العصمة أصلها**)؛ أي أصل العصمة (**المؤثمة؛ لحصول أصل الزجر**) وهو وجوب الكفارة يحصل بالمؤثمة (**وهي**)؛ أي العصمة (**ثابتة**)؛ أي بالإسلام (**إجماعا**).

(**والمقومة كمال فيه**)؛ أي في أصل العصمة، والأصل يثبت بالإسلام فكذا كماله يثبت به، وهذا معنى قوله: (**فتتعلق**)؛ أي العصمة المقومة بما علق به

---

(١) أخرجه البخاري (١/ ١٤ رقم ٢٥)، ومسلم (١/ ٥٢ رقم ٢١) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

وَلَنَا: قوله تَعَالَى: ﴿فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ [النساء: ٩٢] الآيَةَ. جَعَلَ التَّحرِيرَ كُلَّ المُوجِبِ رُجُوعًا إِلَى حَرفِ «الفَاءِ» أَو إِلَى كَونِهِ كُلَّ المَذكُورِ فَيَنتَفِي غَيرُهُ، وَلِأَنَّ العِصمَةَ المُؤثِمَةَ بِالآدَمِيَّةِ، لِأَنَّ الآدَمِيَّ خُلِقَ مُتَحَمِّلًا أَعبَاءَ التَّكلِيفِ، وَالقِيَامَ بِهَا بِحُرمَةِ التَّعَرُّضِ، وَالأَموَالُ تَابِعَةٌ لَهَا ......

الأصل، ولأنه نفسه مضمون بالكفارة فكذا بالدية والقود كمن هاجر إلينا وعكسه المرتد.

قوله: (**رُجُوعًا إِلَى حَرْفِ الْفَاءِ**) بمعنى الفاء يدخل في جزاء الشرط؛ فيلزم أن يكون التحرير كُلَّ الجزاء إذ الجزاء اسم للكافي من جزى؛ أي كفى كما هو المذكور في الأصول فلو وجب غيره ما يكون التحرير كافيا وكُلَّ الجزاء.

قوله: (**[أو]**(١) **إلى كونه**)؛ أي: كون التحرير (**كل المذكور فينتفي غيره**)؛ أي غير التحرير، وذلك لأنه تعالى شرع في بيان الواجب بالقتل بطريق النهاية؛ لأنه ذكر أولًا حكم قتل المؤمن الذي في دار الإسلام خطأ فأوجب الكفارة والدية، ثم شرع في بيان قتل المؤمن الذي في دار الإسلام فذكر فيه الكفارة دون الدية، ثم ذكر قتل الذمّي فأوجب فيه الكفارة والدية فلو كان حكم المؤمن الذي لم يهاجر كحكمها لما ذكر حكمه على خلاف حكمهما، إذ لا حاجة إلى ذكره ويلزم التكرار.

قال العلامة مولانا حافظ الدين: بيان الشارع على نوعين: بيان كفاية وبيان نهاية، وهاهنا بيان النهاية فلا يجوز أن تكون الدية واجبة، ولا ذكر لها إذ لو وجبت لكان البيان قاصرًا بل يلزم التكرار. إليه أشار في الإيضاح(٢).

قوله: (**والقيام بها**)؛ أي (**بأعباء التكليف**)؛ أي أثقاله جمع عبء بالكسر وهو الحمل، (**بحرمة التعرض**) إذ لو لم يكن محرم التعرض لا يتمكن من إقامة التكليف (**والأموال تابعة لها**)؛ أي للآدمية، وهي النفس التي تثبت العصمة المؤثمة فيها بالعصمة المؤثمة.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية، والثالثة.
(٢) ينظر: البناية شرح الهداية للعيني (٧/ ٢١٥).

أَمَّا المُقَوَّمَةُ فَالأَصلُ فِيهَا الأَموَالُ؛ لِأَنَّ التَّقَوُّمَ يُؤذِنُ بِجَبرِ الفَائِتِ وَذَلِكَ فِي الأَموَالِ دُونَ النُّفُوسِ؛ لِأَنَّ مِن شَرطِهِ التَّمَاثُلَ، وَهُوَ فِي المَالِ دُونَ النَّفسِ فَكَانَت النُّفُوسُ تَابِعَة، ثُمَّ العِصمَةُ المُقَوَّمَةُ فِي الأَموَالِ بِالإِحرَازِ بِالدَّارِ؛ لِأَنَّ العِزَّةَ بِالمَنَعَةِ فَكَذَلِكَ فِي النُّفُوسِ، إِلَّا أَنَّ الشَّرعَ أَسقَطَ اعتِبَارَ مَنَعَةِ الكَفَرَةِ؛ لِمَا أَنَّهُ أَوجَبَ إِبطَالَهَا. وَالمُرتَدُّ وَالمُستَأمَنُ فِي دَارِنَا مِن أَهلِ دَارِهِم حُكما لِقَصدِهِمَا الِانتِقَالَ إِلَيهَا.

(أما) العصمة **(المقومة فالأصل فيها الأموال)** يعني الأصل في التقوم غير الآدمي؛ **(لأن التقوم يؤذن)** أي: يشعر بجبر الفائت، ومعنى الجبر يتحقق **(في الأموال دون النفوس)**؛ إذ من شرط الجبر **(التماثل)** وهي في الأموال لا في النفوس **(فكانت النفوس تابعة)** للأموال في التقوم.

والعصمة المقومة في الأموال بالإحراز لأن التقوم ينبني على حظر المحل والحظر إنما يثبت إذا كان ممنوعا عن الأخذ إذ فيما تصل إليه الأيدي بلا مدافع ولا منازع لا يكون خطيرا كالماء والتراب فعلقنا التقوم بالإحراز بالمنعة، وأما الإسلام فلا يؤثر في إفادة العصمة المقومة لأن الدين ما وضع لاكتساب الدنيا وإنما وضع لاكتساب الآخرة وأما الكفارة فتجب بالنص كذا في الإيضاح.

قوله: (إلا أن الشرع أسقط اعتبار منعة الكفرة...) إلى آخره يعني علّقنا تقوّم النفوس بالإحراز بمنعة المسلمين وأسقطنا حكم الإحراز بمنعة الكفرة لأن الشرع سَلَّطنا على إبطالها، وإذا ثبت أن التقوم بالإحراز بدارنا ولم يوجد هنا فلا يضمن.

وقوله: (والمرتد والمستأمن...) إلى آخره جواب عن شبهة ترد على هذا التقرير وهو أن يثبت بالإحراز بدارنا فينبغي أن يثبت التقوم لهما ولم يثبت بقتلهما لا قصاص ولا دية فأجاب عنها وقال فيما من أهل دارهم حكما لقصدهما الرجوع إليها وأما الحديث فيدل على اعتبار العصمة المؤثمة وبه نقول ولأنه عليه السلام قال: «**إلَّا بحقِّها**» وترك الهجرة إلينا من حقها.

وقيل: الدار داران عندنا دار الإسلام ودار الحرب، وعند الشافعي؛ الدنيا دار واحدة، والبلاد أجزاؤها فلا تتغير أحكامها.

﴿وَمَن قَتَلَ مُسلِمًا خَطأً لَا وَلِيَّ لَهُ، أَو قَتَلَ حَربِيًا دَخَلَ إِلَينَا بِأَمَانٍ فَأَسلَمَ، فَالدِّيَةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ لِلإِمَامِ، وَعَلَيهِ الكَفَّارَةُ﴾؛ لِأَنَّهُ قَتَلَ نَفسًا مَعصُومَة خَطأً فَتُعتَبَرُ بِسَائِرِ النُّفُوسِ المَعصُومَةِ، وَمَعنَى قَولِهِ لِلإِمَامِ: أَنَّ حَقَّ الأَخذِ لَهُ؛ لِأَنَّهُ لَا وَارِثَ لَهُ (وَإِن كَانَ عَمدًا: فَإِن شَاءَ الإِمَامُ قَتَلَهُ، وَإِن شَاءَ أَخَذَ الدِّيَةَ)؛ لِأَنَّ النَّفسَ مَعصُومَةٌ، وَالقَتلَ عَمدٌ، وَالوَلِيَّ مَعلُومٌ وَهُوَ العَامَّةُ أَو السُّلطَانُ. قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «السُّلطَانُ وَلِيُّ مَن لَا وَلِيَّ لَهُ» وَقَولُهُ: وَإِن شَاءَ أَخَذَ الدِّيَةَ مَعنَاهُ بِطَرِيقِ الصُّلحِ؛ لِأَنَّ مُوجِبَ العَمدِ وَهُوَ القَوَدُ عَينًا، وَهَذَا؛ لِأَنَّ الدِّيَةَ أَنفَعُ فِي هَذِهِ المَسأَلَةِ مِن القَوَدِ، فَلِهَذَا كَانَ لَهُ وِلَايَةُ الصُّلحِ عَلَى المَالِ (وَلَيسَ لَهُ أَن يَعفُوَ)؛ لِأَنَّ الحَقَّ لِلعَامَّةِ وَوِلَايَتُهُ نَظَرِيَّةٌ، وَلَيسَ مِن النَّظَرِ إِسقَاطُ حَقِّهِم مِن غَيرِ عِوَضٍ.

وقلنا: المراد بدار الإسلام بلاد يجري فيها أحكام الإسلام، وتكون تحت قهر إسلامهم وسلطانهم، وبدار الحرب؛ بلاد يجري فيها أمر عظيمهم، وتكون تحت قهره [٢/ ٢١/ب] فتغايرا اسمًا وموضعًا فيتغايران حكمًا.

وعلى هذا الأصل مسائل، منها هذه.

وثانيها: لحق المرتد إليهم يجعل كموته في إرثه وعتق مدبره وأم ولده وانتساخ إجارته ووقوع الفرقة بتباين الدار، ووجوب الحد على من زنا في دار الحرب، واستحقاق سهم الفرسان إذا جاوز الدرب فارسًا فنفق فرسه وقاتل راجلًا، وعدم جواز القسمة في دارهم ومشاركة المدد وثبوت الإرث والزام الولد عندنا خلافا له.

ولو أسلم الحربي في دارنا؛ فأولاده الصغار في دار الحرب، وماله فيها فيء عندنا. وعند الأئمة الثلاثة لا يكون فيئا بل ملكه لإسلامه.

قوله: على عاقلة القاتل وفي بعض النسخ على العاقلة للإمام، قوله: ومعنى قوله أي قول محمد للإمام، أن حق الأخذ له ويضعها في بيت المال.

قوله: **(إن شاء الإمام قتله)** وأما إذا كان المقتول لقيطاً كان للإمام أن يقتل قاتله عندنا خلافا لأبي يوسف، وجه قول أبي يوسف أن المولود في دار

بَابُ العُشرِ وَالخَرَاجِ

قَالَ: (أَرضُ العَرَبِ كُلُّهَا أَرضُ عُشر، وَهِيَ مَا بَينَ العُذَيبِ إِلَى أَقصَى حَجَر

الإسلام لا يخلو عن الوارث فلو أثبتنا الولاية للإمام كان فيه إجهال إثبات الحق لغير صاحب الحق والقصاص يمنع بالشبهات، ولهما أن الحق للولي بطريق الخلافة عن الميت نظرًا له والمجهول لا يصلح وليًّا لأنه لا يمكن الانتفاع به فكان وجوده كعدمه كذا ذكره قاضي خان.

وقوله العامة أو السلطان تردد فيمن له ولاية القصاص ينبغي أن يسقط القصاص كما في المكاتب إذا قيل عن وفاء لكن الإمام هاهنا نائب عن العامة فصار كأن الولي واحد بخلاف مسألة المكاتب.

باب العشر والخراج

لما ذكر ما يصير الكافر به ذميًّا، ذكر في هذا الباب ما يجب على الذمي من الوظائف المالية، وهو الخراج لما ذكر أقسام الأرض المغنومة[1] وجواز وضع الخراج عليها ذكر الخراج، وذكر الخراج استدعى ذكر العشر؛ لأن سببهما الأرض النامية؛ فينبغي أن يبين العشرية من الخراجية، إلا أنه قدم ذكر العشر؛ لما فيه من معنى القربة أو من وظائف المسلمين.

والعشر لغة؛ أحد الأجزاء العشرة.

والخراج، ما يخرج من غلة الأرض أو الغلام، ثم سمي ما يأخذه السلطان خراجًا فيقال: أدى فلان خراج أرضه أو خراج رأسه يعني الجزية كذا في المغرب[2].

وفي المبسوط[3]: الخراج صلة مالية، قال تعالى: ﴿فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا﴾ [الكهف: ٩٤] ﴿أَمْ تَسْأَلُهُمْ خَرْجًا فَخَرَاجُ رَبِّكَ خَيْرٌ﴾ [المؤمنون: ٧٢].

قوله: (وهو)؛ أي أرض العرب، ذكره بالنظر إلى خبره وهو ماء، وفي بعض النسخ: **(وهي ما بين العذيب وهو ماء لتميم).**

---

(١) في الأصل (المعنوية)، والمثبت من النسخة الثانية، والثالثة.

(٢) المغرب للمطرزي (ص ١٤٢).

(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٠/ ٨٠).

بِاليَمَنِ بِمَهرَةَ إِلَى حَدِّ الشَّامِ، وَالسَّوَادُ أَرضُ خَرَاجٍ، وَهُوَ مَا بَينَ العُذَيبِ إِلَى عُقْبَةِ حُلوَانَ، وَمِن الثَّعلَبِيَّةِ، ....

وقال أبو عبيد: من حفر (أبي موسى) إلى أقصى (اليمن) في الطول، وأما العرض فمن رمل (يبرين) إلى منقطع (السماوة)، وهي أرض الحجاز، وتهامة والحجاز واليمن ومكة والطائف.

(والبرّية)؛ أي البادية.

قوله: (إلى أقصى حجر بمهرة)، وما روي إلى أقصى حجر بسكون الجيم وهو الجانب فهو تحريف؛ لما روي عن أبي موسى في الإملاء: حدود أرض العرب ما وراء حدود الكوفة إلى أقصى صخر باليمن، وجزيرة العرب: هي الحجاز سمى جزيرة؛ لأن بحر الحبش وبحر فارس والفرات أحاطت بها، وسمي حجازا؛ لأنه حجز بين تهامة ونجد.

وأرض العرب عشرية؛ لأنه عليه السلام والخلفاء بعده لم يأخذوا الخراج منها، ولأن شرط وضع الخراج تقرير أهلها على الكفر، ولا يقبل من مشركي العرب إلا الإسلام أو السيف لقوله عليه السلام: «**لا يَجتَمِعُ دينانِ في جَزيرة العَرَبِ**»(١) فلم يجز وضع الخراج في أراضيهم.

قوله: (والسواد)؛ أي أراضي سواد العراق، وبه صرح التمرتاشي، وسمي سواد العراق؛ لخضرة أشجاره وزرعه.

(وحلوان)؛ اسم بلد هذا طوله.

(ومن الثعلبية)؛ وهي من منازل البادية، ووضعها موضع العلث خطأ،

---

(١) أخرجه أحمد (٦/ ٢٧٤ رقم ٢٦٣٩٥) من حديث عائشة رضي الله عنها.
قال الهيثمي: رجال أحمد رجال الصحيح غير ابن إسحاق وقد صرح بالسماع. مجمع الزوائد (٥/ ٣٢٥).
وأخرج البخاري (٣٠٥٣)، ومسلم (١٦٣٧) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما، وفيه: وَأَوْصَى عِنْدَ مَوْتِهِ بِثَلَاثٍ: «أَخْرِجُوا الْمُشْرِكِينَ مِنْ جَزِيرَةِ الْعَرَبِ. . . . ».
وأخرج مسلم (١٧٦٧) من حديث عمر رضي الله عنه: أَنَّهُ سَمِعَ رَسُولَ اللهِ ﷺ يَقُولُ: «لَأُخْرِجَنَّ الْيَهُودَ، وَالنَّصَارَى مِنْ جَزِيرَةِ الْعَرَبِ حَتَّى لَا أَدَعَ إِلَّا مُسْلِمًا».

وَيُقَالُ: مِن العَلْثِ إِلَى عَبَّادَانَ)؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَالخُلَفَاءَ الرَّاشِدِينَ لَم يَأْخُذُوا الخَرَاجَ مِن أَرَاضِي العَرَبِ، وَلِأَنَّهُ بِمَنزِلَةِ الفَيءِ فَلَا يَثبُتُ فِي أَرَاضِيهِم كَمَا لَا يَثبُتُ فِي رِقَابِهِم، وَهَذَا؛ لِأَنَّ وَضعَ الخَرَاجِ مِن شَرطِهِ أَن يُقَرَّ أَهلُهَا عَلَى الكُفرِ كَمَا فِي سَوَادِ العِرَاقِ، وَمُشرِكُو العَرَبِ لَا يُقبَلُ مِنهُم إِلَّا الإِسلَامُ أَو السَّيفُ، وَعُمَرُ حِينَ فَتَحَ السَّوَادَ وَضَعَ الخَرَاجَ عَلَيهَا بِمَحضَرٍ مِن الصَّحَابَةِ، وَوَضَعَ عَلَى مِصرَ حِينَ افتَتَحَهَا عَمرُو بنُ العَاصِ، وَكَذَا اجتَمَعَت الصَّحَابَةُ عَلَى وَضعِ الخَرَاجِ عَلَى الشَّامِ.

قَالَ: (وَأَرضُ السَّوَادِ مَملُوكَةٌ لِأَهلِهَا، يَجُوزُ بَيعُهُم لَهَا وَتَصَرُّفُهُم فِيهَا)؛ لِأَنَّ الإِمَامَ إِذَا فَتَحَ أَرضًا عَنوَة وَقَهرًا، لَهُ أَن يُقِرَّ أَهلَهَا عَلَيهَا وَيَضَعَ عَلَيهَا وَعَلَى رُؤُوسِهِم الخَرَاجَ فَتَبقَى الأَرَاضِي مَملُوكَة لِأَهلِهَا وَقَد قَدَّمنَاهُ مِن قَبلُ.

والعلث -بفتح العين وسكون اللام- قرية موقوفة على العلوية، وهو أول العراق شرقي دجلة.

(وعبادان)؛ حصن صغير على شط البحر، كذا في الصحاح، والمغرب[1] وهذا عرضه.

وفي شرح الوجيز[2]: سواد العراق من عبادان إلى حديثة الموصل طولا، ومن عذيب القادسية إلى حلوان عرضا، وطوله مائة وستون فرسخًا، وعرضه ثمانون فرسخًا، ومساحته ستة وثلاثون ألف ألف جريب، كما يجيء بعد في المتن.

قوله: (وقد قدمناه من قبل)؛ أي في باب قسمة الغنائم.

وقال الشافعي في الأظهر ومالك وأحمد: لا يجوز بيعها ورهنها وهبتها لأهلها؛ لأنها موقوفة على المسلمين.

---

(١) المغرب للمطرزي (ص: ٣٠٢).
(٢) العزيز شرح الوجيز للرافعي (١١/ ٤٥٣).

قَالَ: (وَكُلُّ أَرض أَسلَمَ أَهلُهَا أَو فُتِحَت عَنوَة وَقُسِّمَت بَينَ الغَانِمِينَ فَهِيَ أَرضُ عُشر)؛ لِأَنَّ الحَاجَةَ إِلَى ابتِدَاءِ التَّوظِيفِ عَلَى المُسلِمِ، وَالعُشرُ أَليَقُ بِهِ لِمَا فِيهِ مِن مَعنَى العِبَادَةِ، وَكَذَا هُوَ أَخَفُّ حَيثُ يَتَعَلَّقُ بِنَفسِ الخَارِجِ.

(وَكُلُّ أَرض فُتِحَت عَنوَة فَأُقِرَّ أَهلُهَا عَلَيهَا فَهِيَ أَرضُ خَرَاج) وَكَذَا إِذَا صَالَحَهُم؛ لِأَنَّ الحَاجَةَ إِلَى ابتِدَاءِ التَّوظِيفِ عَلَى الكَافِرِ وَالخَرَاجُ أَليَقُ بِهِ، وَمَكَّةُ مَخصُوصَةٌ مِن هَذَا، فَإِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَتَحَهَا عَنوَة وَتَرَكَهَا لِأَهلِهَا، وَلَم يُوَظِّف الخَرَاجَ (وَفِي «الجَامِعِ الصَّغِيرِ»: كُلُّ أَرض فُتِحَت عَنوَة فَوَصَلَ إِلَيهَا مَاءُ الأَنهَارِ فَهِيَ أَرضُ خَرَاج، وَمَا لَم يَصِل إِلَيهَا مَاءُ الأَنهَارِ وَاستُخرِجَ مِنهَا عَينٌ فَهِيَ أَرضُ عُشر)؛ لِأَنَّ العُشرَ يَتَعَلَّقُ بِالأَرضِ النَّامِيَةِ، وَنَمَاؤُهَا بِمَائِهَا فَيُعتَبَرُ السَّقيُ بِمَاءِ العُشرِ أَو بِمَاءِ الخَرَاجِ.

قوله: (والخراج أليق به)؛ أي بالكافر لأن فيه معنى العقوبة، ولأن فيه تغليظًا حتى إنه يجب [٢/ ٢٢/أ] وإن لم يزرع.

وقوله: (ومكة مخصوصة...) إلى آخره، جواب القياس؛ فإن القياس في أرض مكة الخراج؛ لأنها فتحت عنوة كما بينا.

قال: ومكة مخصوصة بفعل النبي عليه السلام وكما لا رق على العرب فكذا لَا خَراجَ على أراضيهم.

قوله: (فهي أرض خراج)؛ يعني سواء قسم بين الغانمين أو أقرّ أهلها.

قوله: (فيعتبر السقي بماء العشر أو بماء الخراج)، والماء العشري والخراجي قد بيناه في كتاب الزكاة.

وفي فتاوى قاضي خان(١): الخراج نوعان:

موظف: وهو ما وظفه الإمام بشيء في الذمة في كل سنة، يتعلق بالتمكن من الزراعة.

ومقاسمة: وهو أن يكون الواجب شيئا من الخارج نحو الخمس أو السدس ونحوه.

---

(١) فتاوى قاضي خان (١/ ١٣٣).

قَالَ: (وَمَن أَحيَا أَرضًا مَوَاتًا فَهِيَ عِندَ أَبِي يُوسُفَ مُعتَبَرَةٌ بِحَيِّزِهَا، فَإِن كَانَت مِن حَيِّزِ أَرضِ الخَرَاجِ) وَمَعنَاهُ: بِقُربِهِ (فَهِيَ خَرَاجِيَّةٌ، وَإِن كَانَت مِن حَيِّزِ أَرضِ العُشرِ فَهِيَ عُشرِيَّةٌ، وَالبَصرَةُ عِندَهُ عُشرِيَّةٌ بِإِجمَاعِ الصَّحَابَةِ)؛ لِأَنَّ حَيِّزَ الشَّيءِ يُعطَى لَهُ حُكمُهُ، كَفِنَاءِ الدَّارِ يُعطَى لَهُ حُكمُ الدَّارِ حَتَّى يَجُوزَ لِصَاحِبِهَا الِانتِفَاعُ بِهِ. وَكَذَا لَا يَجُوزُ أَخذُ مَا قَرُبَ مِن العَامِرِ، وَكَانَ القِيَاسُ فِي البَصرَةِ أَن تَكُونَ خَرَاجِيَّةً؛ لِأَنَّهَا

قوله: (معتبرة بحيزها) هذا إذا كان مسلما، أما إذا كان المحيي ذميًّا فعليه الخراج، (وإن كانت في حيز أرض العشر) ذكره في المبسوط وجامع قاضي خان.

قوله: (وَالْبَصْرَةُ عِنْدَهُ)؛ أي عند أبي يوسف عشرية، وإن كنت في حيز أرض الخراج، جواب عن قياس قوله فقال: ذلك ثبت (بإجماع الصحابة).

فإن: قيل قد ذكر محمد في سير الزيادات أن المسلم لا يبتدئ بتوظيف الخراج.

قلنا: هذا مقيد بما إذا لم يكن منه صنع يستدعي ذلك، وهو السقي من ماء الخراج؛ إذ الخراج جزاء للمقاتِلة فيختص وجوبه بماء يسقى حَمَتْهُ المقاتلة، والماء الذي حمته المقاتلة ماء الخراج كذا في الفوائد الظهيرية ناقلا عن الإمام السرخسي[1].

قوله: (يُعْطَى لَهُ حُكْمُ الدَّارِ) في حق الانتفاع، وإن كان الفناء غير مملوك له؛ لاتصاله بملكه أعطي له حكم الملك في حق الانتفاع.

وقد ذكر في المبسوط[2]: قال المستأجر للآجر هذا فنائي، وليس لي فيه حق الحفر فحفروا فمات إنسان فالضمان على الآجر قياسا؛ لأنهم علموا بفساد الأمر فما غرهم، وفي الاستحسان على المستأجر؛ لأن كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكا له؛ لانطلاق يده في التصرف من إلقاء الطين والحطب، وربط الدواب وبناء الدكان فعلم أن في الفناء حق الانتفاع، وإن لم يكن ملكا له.

---

(١) ينظر: العناية شرح الهداية للبابرتي (٦/ ٣٥).
(٢) المبسوط للسرخسي (١٨/ ١٨٣).

مِن حَيِّزِ أَرضِ الخَرَاجِ، إلَّا أَنَّ الصَّحَابَةَ وَظَّفُوا عَلَيهَا العُشرَ فَتُرِكَ القِيَاسُ لِإِجمَاعِهِم (وَقَالَ مُحَمَّدٌ: إن أَحيَاهَا بِبِئر حَفَرَهَا أَو بِعَين استَخرَجَهَا أَو مَاءِ دِجلَةَ أَو الفُرَاتِ أَو الأنهَارِ العِظَامِ الَّتِي لَا يَملِكُهَا أَحَدٌ فَهِيَ عُشرِيَّةٌ)(*) وَكَذَا إن أَحيَاهَا بِمَاءِ السَّمَاءِ (وَإِن أَحيَاهَا بِمَاءِ الأَنهَارِ الَّتِي احتَفَرَهَا الأَعَاجِمُ) مِثلُ نَهرِ المَلِكِ وَنَهرِ يَزدَجِرد (فَهِيَ خَرَاجِيَّةٌ) لِمَا ذَكَرنَا مِن اعتِبَارِ المَاءِ، إذ هُوَ السَّبَبُ لِلنَّمَاءِ، وَلِأَنَّهُ لَا يُمكِنُ تَوظِيفُ الخَرَاجِ ابتِدَاءً عَلَى المُسلِمِ كَرهًا فَيُعتَبَرُ فِي ذَلِكَ المَاءُ؛ لِأَنَّ السَّقيَ بِمَاءِ الخَرَاجِ دَلَالَةُ التِزَامِيةِ.

قَالَ: (وَالخَرَاجُ الَّذِي وَضَعَهُ عُمَرُ عَلَى أَهلِ السَّوَادِ ....

قوله: (أخذ ما قرب من العامر) وفي بعض النسخ: **(إحياء ما قرب منه)** وهو موافق للمبسوط، والمراد من الأخذ الإحياء أيضًا **(نهر الملك)** على طريقة الكوفة من بغداد.

(ويزدجرد)؛ اسم ملك من ملوك العجم.

(والجريب)؛ أرض طولها ستون ذراعًا، وعرضها ستون ذراعًا بذراع الملك كسرى يزيد على ذراع العامة بقبضة ذكره التمرتاشي.

وفي المغرب[1]: الذراع المكسرة ست قبضات وهو ذراع العامة.

وقيل: الجريب ما يذر فيه مئتا رطل.

وقيل: ما يذر فيه من الحنطة ستون منًّا.

وقيل: خمسون مَنًّا في ديارنا.

وقيل: ما يعمله فدان كذا في الغنية وفتاوى العتابي.

وفي الكافي[2]: ما قيل الجريب ستون في ستون حكاية عن جريبهم في أراضيهم، وليس بتقدير لازم في الأراضي كلها؛ بل جريب الأراضي يختلف باختلاف البلدان؛ فيعتبر في كل بلد مُتعارَف أهله.

(*) **الراجح: قول أبي يوسف.**

(١) المغرب (ص: ١٧٤).

(٢) ينظر: البناية شرح الهداية للعيني (٧/ ٢٢٦- ٢٢٧).

مِن كُلِّ جَرِيبٍ يَبلُغُهُ المَاءُ قَفِيزٌ هَاشِمِيٌّ وَهُوَ الصَّاعُ وَدِرهَمٌ، وَمِن جَرِيبِ الرَّطبَةِ خَمسَةُ دَرَاهِمَ وَمِن جَرِيبِ الكَرمِ المُتَّصِلِ وَالنَّخِيلِ المُتَّصِلِ عَشَرَةُ دَرَاهِمَ) وَهَذَا هُوَ المَنقُولُ عَن عُمَرَ، فَإِنَّهُ بَعَثَ عُثمَانَ بنَ حُنَيف حَتَّى يَمسَحَ سَوَادَ العِرَاقِ، وَجَعَلَ حُذَيفَةَ مُشرِفا عَلَيهِ، فَمَسَحَ فَبَلَغَ سِتَّة وَثَلَاثِينَ أَلفَ أَلفِ جَرِيب وَوَضَعَ عَلَى ذَلِكَ مَا قُلنَا، وَكَانَ ذَلِكَ بِمَحضَر مِن الصَّحَابَةِ مِن غَيرِ نَكِير فَكَانَ إجمَاعًا مِنهُم.

قوله: (وهو الصاع) والصاع ثمانية أرطال؛ أي أربعة أمناء خلافًا لأبي يوسف وقد مر في صدقة الفطر، والصاع يكون من الحنطة كذا في كتاب العشر والخراج.

وفي شرح الطحاوي: يكون هذا القفيز مما يزرع في ذلك الأرض وهو الصحيح.

في المجتبى: هذا كلام حسن فلا بد من حفظه والرطبة الإسفست.

وقال الشافعي: في كل جريب حنطة أربعة دراهم، وفي جريب الشعير درهمان والباقي كقولنا؛ لما روى الشعبي أن عمر ﵁ لما بعث عثمان بن حنيف فرض كذلك.

قال: **(في كل جريب حنطة قفيز ودرهم)**، وكذا في جريب الشعير قفيز ودرهم لما روي عن عمر ﵁ أنه وظف كذلك وما روينا مشهور.

ومالك يعتبر إجازة الإمام؛ لأنها وقف على المسلمين فيفوض بحمله؛ أي رأي الإمام.

وبه قال أحمد في رواية، وعنه في كل جريب حنطة أو شعير درهم والباقي كقولنا.

وقيل: كل الروايات عن عمر صحيحة، وإنما اختلفت لاختلاف النواحي فوضع على بعضها أقل، وعلى بعضها أكثر لتفاوت الريع في ناحية أو سعر؛ فالكرم أخفها مؤنة وأكثرها ريعًا؛ لأنه يبقى على الأبد بلا مؤنة، والمزارع أقلها ريعًا وأكثرها مؤنة؛ لأنها تحتاج إلى الزراعة والبذر في كل عام، والرطاب بينهما؛ لأنه يبقى أعوامًا ولا يدوم دوامَ الكرم؛ لأن مؤنتها فوق مؤنة الكرم، ودون مؤنة المزارع الرطبة يتفاوت بتفاوت المؤن فقال عليه السلام: «**وَمَا سَقَتْهُ**

وَلِأَنَّ المُؤَنَ مُتَفَاوِتَةٌ فَالكَرمُ أَخَفُّهَا مُؤنَة وَالمَزَارِعَ أَكثَرُهَا مُؤنَة وَالرُّطَبُ بَينَهُمَا، وَالوَظِيفَةُ تَتَفَاوَتُ بِتَفَاوُتِهَا فَجُعِلَ الوَاجِبُ فِي الكَرمِ أَعلاهَا وَفِي الزَّرعِ أَدنَاهَا وَفِي الرُّطَبَةِ أَوسَطَهَا.

قَالَ: (وَمَا سِوَى ذَلِكَ مِن الأَصنَافِ كَالزَّعفرَانِ وَالبُستَانِ وَغَيرِهِ، يُوضَعُ عَلَيهَا بِحَسَبِ الطَّاقَةِ)؛ لِأَنَّهُ لَيسَ فِيهِ تَوظِيفُ عُمَرَ وَقَد اعتَبَرَ الطَّاقَةَ فِي ذَلِكَ فَنَعتَبِرُهَا فِيمَا لَا تَوظِيفَ فِيهِ. قَالُوا: وَنِهَايَةُ الطَّاقَةِ أَن يَبلُغَ الوَاجِبُ نِصفَ الخَارِجِ لَا يُزَادُ عَلَيهِ؛ لِأَنَّ التَّنصِيفَ عَينُ الإِنصَافِ، لمَّا كَانَ لَنَا أَن نُقَسِّمَ الكُلَّ بينَ الغَانِمِينَ. وَالبُستَانُ كُلُّ أَرضٍ يَحُوطُهَا حَائِطٌ وَفِيهَا نَخِيلٌ مُتَفَرِّقَةٌ وَأَشجَارٌ أُخَرُ، وَفِي دِيَارِنَا وَظَّفُوا مِن الدَّرَاهِمِ فِي الأَرَاضِي كُلِّهَا وَتُرِكَ كَذَلِكَ؛ لِأَنَّ التَّقدِيرَ يَجِبُ أَن يَكُونَ بِقَدرِ الطَّاقَةِ مِن أَيِّ شَيءٍ كَانَ. قَالَ: (فَإِن لَم تُطِق مَا وُضِعَ عَلَيهَا نَقَصَهُم الإِمَامُ) وَالنُّقصَانُ عِندَ قِلَّةِ الرَّيْعِ جَائِزٌ بِالإِجمَاعِ؛ أَلَا تَرَى إِلَى قَولِ عُمَرَ: لَعَلَّكُمَا حَمَّلتُمَا الأَرضَ مَا لَا تُطِيقُ، فَقَالَا: لَا بَل حَمَّلنَاهَا مَا تُطِيقُ، ....

السّماءُ ففيهِ العشرُ، وما سُقِي بغَرْبٍ أو داليةٍ ففيهِ نصفُ العُشرِ»[١].

قوله: (بحسب الطاقة) يعني أرض الزعفران تلحق بأرض الزرع أو الكرم أو الرطبة، وبأيها كانت؛ أي [٢/ ٢٢/ب] الرطبة أشبه في قدر الغلة فهو مبلغ الطاقة كذا ذكره التمرتاشي.

قوله: (لما كان لنا أن نقسم)؛ يعني لما ظفرنا عليهم وسعنا أن نسترقهم ونقسم أموالهم؛ فإذا قاطعناهم كان التنصيف عين الإنصاف، ولا يزاد عليه؛ لأن للأكثر حكم الكل، وذا مما لا يطاق.

قوله: (والبستان...) إلى آخره.

وفي فتاوى الظهيرية[٢]: ولو كان في جوانب الأرض أشجار ووسطها زرعة ففيها وظيفة عمر، ولا شيء في الأشجار، وكذا لو غرس أشجارًا غير مثمرة ولو كانت الأشجار ملتفة لا يمكن زراعة أرضها فهي كرم.

---

(١) بنحوه أخرجه البخاري (٢/ ١٢٦ رقم ١٤٨٣) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

(٢) ينظر: البناية شرح الهداية للعيني (٧/ ٢٣٠).

وَلَو زِدنَا لَأَطَاقَت. وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى جَوَازِ النُّقصَانِ، وَأَمَّا الزِّيَادَةُ عِندَ زِيَادَةِ الرِّيعِ يَجُوزُ عِندَ مُحَمَّد اعتِبَارًا بِالنُّقصَانِ، وَعِندَ أَبِي يُوسُفَ: لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّ عُمَرَ لَم يَزِد حِينَ أُخبِرَ بِزِيَادَةِ الطَّاقَةِ، (وَإِن غَلَبَ عَلَى أَرضِ الخَرَاجِ المَاءُ أَو انقَطَعَ المَاءُ عَنهَا أَو اصطَلَمَ الزَّرعَ آفَةٌ، فَلَا خَرَاجَ عَلَيهِ) لِأَنَّهُ فَاتَ التَّمَكُّنُ مِن الزِّرَاعَةِ، وَهُوَ النَّمَاءُ

قوله: (وهذا)؛ أي قولهما.

(ولو زدنا لأطاقت) يدل بطريق الدلالة على أن النقصان عند قلة الريع يجوز بالإجماع؛ لأنه لما جاز النقصان عند قيام الطاقة فعند عدم الطاقة بالطريق الأولى.

قوله: (أما الزيادة عند زيادة الريع...) إلى آخره.

وفي الكافي[(١)]: ففي الأراضي التي صدر التوظيف عن عمر أو من إمام بمثل وظيفة عمر لم تجز الزيادة إجماعًا، أما لو أراد الإمام توظيف الخراج على أرض ابتداء، وزاد على وظيفة عمر؛ فعند محمد وأحمد ومالك [يجوز؛ لأن الوظيفة مقدرة بالطاقة، أو إلى رأي الإمام عند أحمد، ومالك][(٢)]، والشافعي في قول، وعند أبي حنيفة وهو رواية عن أبي يوسف: لا يجوز، وهو الصحيح لأن عمر رضي الله عنه لم يزد لما أخبر بزيادة الطاقة.

وفي شرح الطحاوي: عن أبي يوسف روايتان في رواية مع محمد.

قوله: (إذا اصْطَلَمَ...) إلى آخره، الاصطلام: هو الاستئصال فلا خراج عليه ولا أعلم فيه خلافًا.

قال مشايخنا: ما ذكر في الكتاب بأن الخراج يسقط بالاصطلام، محمول على ما إذا لم يبق من السنة مقدار ما يمكن أن تزرع الأرض ثانيا، أما إذا بقي لا يسقط الخراج ذكره في شرح الطحاوي.

وفي الفتاوى الكبرى[(٣)]: وتكلموا أن المعتبر في ذلك زرع الحنطة أو الشعير، أم أي زرع كان وأن المعتبر مدة ترك الزرع فيها أي مدة يبلغ فيها الزرع مبلغا تكون قيمته ضعف الخراج، وفي ذلك كلام والفتوى على أنه مقدر بثلاثة أشهر.

---

(١) ينظر: البحر الرائق لابن نجيم (٥/ ١١٦).

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية، والثالثة.

(٣) ينظر: البحر الرائق لابن نجيم (٥/ ١١٨).

التَّقدِيرِيُّ المُعتَبَرُ فِي الخَرَاجِ، وَفِيمَا إِذَا اصطَلَمَ الزَّرعَ آفَةٌ فَاتَ النَّمَاءُ التَّقدِيرِيُّ فِي بَعضِ الحَولِ، وَكَونُهُ نَامِيًا فِي جَمِيعِ الحَولِ شَرطٌ كَمَا فِي مَالِ الزَّكَاةِ، أَو يُدَارُ الحُكمُ عَلَى الحَقِيقَةِ عِندَ خُرُوجِ الخَارِجِ.

قَالَ: (وَإِن عَطَّلَهَا صَاحِبُهَا فَعَلَيهِ الخَرَاجُ)؛ لِأَنَّ التَّمَكُّنَ كَانَ ثَابِتًا وَهُوَ الَّذِي فَوَّتَهُ.

قوله: (أو يُدَارُ الْحُكْمُ عَلَى الْحَقِيقَةِ)؛ أي حقيقة الخارج؛ إذ التمكن من الزراعة قائم مقامه؛ فإذا وجد الأصل سقط اعتبار الخلف، وتعلق الحكم بالأصل؛ فإذا هلك بطل ما تعلق به، وصار كالعشر في هذه الحالة فسلم بسلامة الخارج وبطل بهلاكه، وأيضًا هذا محمول على ما إذا لم يبق مقدار ما يزرع فيها كما ذكرنا.

وفي الفوائد الظهيرية[1]: هذا إذا ذهب كل الخارج، أما لو بقي بعضه فإن كان مقدار الخراج ومثله؛ بأن بقي مقدار درهمين وقفيزين يجب الخراج؛ لأنه لا يزيد على نصف الخارج، وإن بقي أقل من مقدار الخراج يجب نصفه.

قوله: (فَوَّتَهُ)؛ أي الريع مع إمكان تحصيله.

قال التمرتاشي: هذا إذا كانت الأرض صالحة للزراعة، والمالك متمكن من الزراعة فلم يزرعها فإذا عجز المالك عن الزراعة؛ لعدم قوته وأسبابه؛ فللإمام أن يدفعها إلى غيره مزارعةً، ويأخذ الخراج من نصف المالك ويمسك الباقي للمالك، وإن شاء أجّرها، وأخذ الخراج من الأجرة وإن شاء زرعها بنفقة بيت المال، فإن لم يتمكن من ذلك ولم يجد من يقبل ذلك باعها، وأخذ من ثمنها الخراج وهذا بلا خلاف. وإن كان هذا نوع حجر، وفيه ضرر بالمالك لكن هذا إلحاق ضرر بواحد للعامة.

وعن أبي يوسف؛ يدفع إلى العاجز كفايته من بيت المال ليعمل فيها قرضًا.

وفي جمع الشهيد: باع أرضًا خراجية؛ فإن بقي من السنة ما يتمكن المشتري من الزراعة؛ فالخراج عليه وإلا فعلى البائع.

---

(١) ينظر: المحيط البرهاني (٢/ ٣٥١).

قَالُوا: مَن انتَقِل إِلَى أَخَسِّ الأَمرَينِ مِن غَيرِ عُذر فَعَلَيهِ خَرَاجُ الأَعلَى؛ لِأَنَّهُ هُوَ الَّذِي ضَيَّعَ الزِّيَادَةَ، وَهَذَا يُعرَفُ وَلَا يُفتَى بِهِ كَي لَا يَتَجَرَّأَ الظَّلَمَةُ عَلَى أَخذِ أَموَالِ النَّاسِ.

(وَمَن أَسلَمَ مِن أَهلِ الخَرَاجِ أُخِذَ مِنهُ الخَرَاجُ عَلَى حَالِهِ)؛ لِأَنَّ فِيهِ مَعنَى

قوله: (**انتقل إلى أخس الأمرين**) كمن له أرض الزعفران فتركها، وزرع الحبوب فعليه خراج الزعفران، وكذا لو كان له كرم فقلع وزرع الحبوب؛ فعليه خراج الكرم.

قوله: (**ولا يفتى به...**) إلى آخره.

فإن قيل: كيف يجوز هذا وطمعهم[١] واحد في موضعه بكونه واجبا.

قلنا: أراد به أنا لو أفتينا به؛ لادعى كل ظالم في كل أرض ليس هذا شأنها أن هذه تزرع الزعفران قبله فيأخذ منه خراج الزعفران، وهذا طمع من غير مطمع فيكون ظلما كذا في الفوائد الظهيرية[٢].

وفي شرح الطحاوي[٣]: أنبت أرضه كرما فعليه خراجها إلى أن يطعم؛ فإن أطعم قليلا فإن كان ضعف وظيفة الكرم؛ ففيه وظيفة الكرم، وإن كان أقل فنصفه إذا لم ينقص عن قفيز ودرهم، وإن نقص فعليه قفيز ودرهم.

وفي رواية ففيه وظيفة الأرض إلى أن يطعم الكرم، ولو جعل أرض الزعفران مسكنا أو خانا للغلة أو مقبرة أو مسجدا يسقط الخراج. وفي اللآلئ: لا يسقط.

قوله: (**أُخِذَ مِنْهُ الْخَرَاجُ عَلَى حَالِهِ**)، وقال مالك والشافعي: يسقط الخراج، وعند مالكك تسقط [٢/ ٢٣/ أ] الجزية أيضًا.

وكذا لو باعها من مسلم يجوز البيع عندنا والشافعي، وعند مالك: لا يجوز.

---

(١) في الأصل: (طعمهم) والمثبت من النسخة الثانية.

(٢) ينظر: البناية شرح الهداية للعيني (٧/ ٢٣٣).

(٣) ينظر: البحر الرائق لابن نجيم (٥/ ١١٦).

الْمُؤْنَةِ فَيُعتَبَرُ مُؤْنَةً فِي حَالَةِ البَقَاءِ فَأَمكَنَ إِبقَاؤُهُ عَلَى المُسلِمِ (وَيَجُوزُ أَن يَشتَرِيَ المُسلِمُ أَرضَ الخَرَاجِ مِن الذِّمِّيِّ وَيُؤخَذَ مِنهُ الخَرَاجُ) لِمَا قُلنَا، وَقَد صَحَّ أَنَّ الصَّحَابَةَ اشتَرَوا أَرَاضِيَ الخَرَاجِ وَكَانُوا يُؤَدُّونَ خَرَاجَهَا، فَدَلَّ عَلَى جَوَازِ الشِّرَاءِ وَأَخذِ الخَرَاجِ وَأَدَائِهِ لِلمُسلِمِ مِن غَيرِ كَرَاهَة (وَلَا عُشرَ فِي الخَارِجِ مِن أَرضِ الخَرَاجِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُجمَعُ بَينَهُمَا؛ لِأَنَّهُمَا حَقَّانِ مُختَلِفَانِ وَجَبَا فِي مَحِلَّينِ

وعلى رواية الجواز يسقط الخراج؛ لما أن فيه معنى الذل والصغار وذا لا يليق بالمسلم لما قلنا، وهو أن فيه معنى المؤنة والمسلم من أهل المؤنة كالعشر؛ إذ الأرض لا تخلى عن مؤنة فإبقاء ما تقرر واجبًا أولى؛ لأنا إن أسقطنا ذلك احتجنا إلى إيجاب مؤنة أخرى.

قوله: (صح أن الصحابة) صح عن ابن مسعود والحسين بن علي وشريح ﭬ.

وقوله: (من غير كراهة) احتراز عما ذكره المتقشفة فإنهم يكرهونه، ويستدلون بما روي أنه عليه السلام رأى شيئًا من آلات الحراثة فقال: «**ما دَخلَ هَذا بيتَ قوم إلّا ذَلُّوا**»(١)، ظنوا أن المراد الذل بالتزام الخراج وليس كذلك؛ بل المراد أن المسلمين إذا اشتغلوا بالزراعة، واتبعوا أذناب البقر وقعدوا عن الجهاد؛ كر عليهم عدوهم فجعلوهم أذلة بدليل ما روينا من قصة ابن مسعود وغيره ذكره في المبسوط(٢).

قوله: (وقال الشافعي يجمع بينهما) وبه قال مالك وأحمد؛ لأنهما حقان مختلفان ذاتًا فإن أحدهما مؤنة فيه معنى العبادة، والآخر مؤنة فيه معنى العقوبة، ومحلًا فإن الخراج في الذمة والعشر في الخارج، وسببًا فسبب العشر الأرض النامية بحقيقة الخارج، وسبب الخراج الأرض النامية بالتمكن، ومصرفًا فمصرف العشر الفقراء، ومصرف الخراج المقاتلة؛ فوجوب أحدهما لا ينفي وجوب الآخر كوجوب الدين مع العشر والخراج.

---

(١) أخرجه الطبراني (٨/ ٢٩٣ رقم ٨١٢٣) من حديث أبي أمامة ﭬ قال الهيثمي في مجمع الزوائد (٤/ ١٢٠رقم ٦٥٩١): فيه امرأتان لم أعرفهما وبقية رجاله ثقات.

(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٠/ ٨٣).

بِسَبَبَينِ مُختَلِفَينِ فَلَا يَتَنَافَيَانِ. وَلَنَا: قَولُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا يَجتَمِعُ عُشرٌ وَخَرَاجٌ فِي أَرضِ مُسلِمٍ»، وَلِأَنَّ أَحَدًا مِن أَئِمَّةِ العَدلِ وَالجَورِ لَم يَجمَع بَينَهُمَا، وَكَفَى بِإِجمَاعِهِم حُجَّةً؛ وَلِأَنَّ الخَرَاجَ يَجِبُ فِي أَرض فُتِحَت عَنوَة قَهرًا، وَالعُشرُ فِي أَرض أَسلَمَ أَهلُهَا طَوعًا، وَالوَصفَانِ لَا يَجتَمِعَانِ فِي أَرض وَاحِدَة، وَسَبَبُ الحَقَّينِ وَاحِدٌ وَهُوَ الأَرضُ النَّامِيَةُ، إِلَّا أَنَّهُ يُعتَبَرُ فِي العُشرِ تَحقِيقًا وَفِي الخَرَاجِ تَقدِيرًا، وَلِهَذَا يُضَافَانِ إِلَى الأَرضِ، وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ الزَّكَاةُ مَعَ أَحَدِهِمَا.

(وَلَا يَتَكَرَّرُ الخَرَاجُ بِتَكَرُّرِ الخَارِجِ فِي سَنَة)؛ لِأَنَّ عُمَرَ لَم يُوَظِّفهُ مُكَرَّرًا، بِخِلَافِ العُشرِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَحَقَّقُ عُشرًا إِلَّا بِوُجُوبِهِ فِي كُلِّ خَارِج، وَاللَّهُ أَعلَمُ.

قوله: (والوصفان) وهو الطوع والقهر (لا يجتمعان) لتنافٍ بينهما؛ إذ الطوع ضد الكره الحاصل من القهر؛ فلما لم يجتمع السببان لم يثبت الحكمان، ولهذا يضاف إلى الأرض النامية فيقال: عشر الأرض وخراج الأرض؛ فيكون سببهما واحدا، ولا يجمع مؤنتان بسبب أرض واحدة.

قوله: (مع أحدهما) إلى العشر أو الخراج حتى لو اشترى أرض العشر أو الخراج للتجارة؛ ففيها العشر أو الخراج دون زكاة التجارة عندنا.

وعن محمد: يجتمع الشراء والخراج مع زكاة كقول الأئمة الثلاثة؛ لاختلاف سببهما ومحلهما كما ذكرنا.

وقلنا: الواجب حق الله تعالى متعلق بالأرض كالزكاة كما لا تجب زكاة السائمة، والتجارة باعتبار مال واحد، ثم العشر أو الخراج صار وظيفة لهذه الأرض فإن الدين للعبد والعشر لله تعالى ولا تنافي بينهما فيجبان فيجتمعان؛ **(لأن عمر رضي الله عنه لم يوظفه)**؛ أي الخراج **(مكررا)**؛ أي ما أخذ الخراج والجزية في السنة إلا مرة، ولم ينقل عن أحد من أئمة الجور والعدل؛ فحلَّ محلَّ الإجماع، ولأن الريع في الأراضي تكون مرة في السنة في الأعم والأغلب؛ فيبنى الحكم على الغالب ذكره في المبسوط(١).

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٠/ ٧٩).

بَابُ الجِزيَةِ

باب الجزية

لما ذكر خراج الأرض، شرع في خراج الرأس وهو الجزية، وقدم الأول لما فيه من معنى المؤنة فيشارك العشر، وفي العشر معنى القربة فقدمه باعتبار العشر؛ لأن القربة مقدمة.

(**الجزية**): ما يؤخذ من الذمّي باعتبار رأسه والجمع الجِزَى مثل اللحية واللِّحَى، وسميت بها لأنها تجزي؛ أي تقضي وتكفي في الذمّي عن القتل؛ إذ بقبولها يسقط عنه القتل.

وجواز أخذها ثابت بالكتاب والسنة، أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ يُعۡطُواْ ٱلۡجِزۡيَةَ﴾ [التوبة:٢٩] الآية، والسنة ما روي أنه عليه السلام أخذها من مجوس هجر، وأخذ الحلل من نصارى بني نجران وكانت جزية، وفيه أخبار كثيرة من قوله: «**فإنْ أجابوكَ فاقْبَلْ منهُم...**»[١] الحديث وغيره.

وطعن بعض الملحدين وقال: كيف يجوز تقرير الكافر على الشرك الذي هو أعظم الجنايات بأخذ المال، ولو جاز ذلك جاز تقرير الزاني على الزنا بأخذ المال، وهذا يرجع إلى الكلام وأنه حكيم وإثبات النبوءات.

وقلنا: ليس المقصود هو المال بل الدعاء إلى الدين بأحسن الوجوه؛ لأنه بعقد الذمة يسكن إلى المسلمين، ويرى محاسن الدين فربما يسلم مع دفع شر قتالهم.

وأجمع المسلمون على أخذ الجزية؛ إذ بالجزية يرى صغار نفسه وعزة المؤمن فنأخذ منهم الجزية خلفًا عن النصرة التي فاتت بإصراره على الكفر؛ لأن من هو من أهل الإسلام فعليه القيام بنصرة الدار، وأبدانهم لا تصلح لهذه النصرة؛ لأنهم يميلون إلى أهل الحرب فيشوشون علينا أمر الحرب؛ فيؤخذ منهم المال ليصرف إلى الغزاة ليقومون بنصرة الدار.

ولهذا تختلف باختلاف حاله في الغنى والفقر؛ فإنه معتبر بأصل النصرة،

---

(١) جزء من حديث أخرجه مسلم (٣/ ١٣٥٧ رقم ١٧٣١) عن بريدة مرفوعا.

(وَهِيَ عَلَى ضَربَينِ: جِزيَةٌ تُوضَعُ بِالتَّرَاضِي وَالصُّلحِ، فَتَتَقَدَّرُ بِحَسَبِ مَا يَقَعُ عَلَيهِ الِاتِّفَاقُ) كَمَا «صَالَحَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَهلَ نَجرَانَ عَلَى أَلفٍ وَمِائَتَي حُلَّة»، وَلِأَنَّ المُوجِبَ هُوَ التَّرَاضِي، فَلَا يَجُوزُ التَّعَدِّي إِلَى غَيرِ مَا وَقَعَ عَلَيهِ الِاتِّفَاقُ (وَجِزيَةٌ يَبتَدِئُ الإِمَامُ وَضْعَهَا إِذَا غَلَبَ الإِمَامُ عَلَى الكُفَّارِ، وَأَقَرَّهُم عَلَى أَملَاكِهِم، فَيَضَعُ عَلَى الغَنِيِّ الظَّاهِرِ الغِنَى فِي كُلِّ سَنَة ثَمَانِيَة وَأَربَعِينَ دِرهَمًا، يَأخُذُ مِنهُم فِي كُلِّ شَهر

والفقير لو كان مسلما ينصر الدار راجلا، ووسط الحال ينصر راكبا، والفائق [٢/ ٢٣/ب] في الغناء يركب ويركب غلامه كذا في المبسوط[١].

قوله: (وهي)؛ أي الجزية (على الضربين).

وفي الفوائد الظهيرية[٢]: أهل الذمة في حق ما يجب عليهم ثلاثة؛ التغلبي والنجراني من النصارى وسائر أهل الذمة، فالتغلبي يؤخذ منه الصدقة مضاعفة اتِّباعًا لعمر رضي الله عنه، والنجراني يؤخذ منه الحلل اتِّباعاً لرسول الله ﷺ، وسائر أهل الذمة يؤخذ على المقادير المذكورة في الكتاب.

وفي الصحاح[٣] والمغرب[٤]: نجران؛ بلد هو من اليمن وأهله النصارى. والحلة: إزار ورداء، هذا هو المختار، ولا يسمى حلة حتى يكون ثوبين، وهي من الحلوان أو الحل لما بينهما من الفرجة.

قوله: (على الغني الظاهر الغنى) في شرح الطحاوي[٥]: ظاهر الغنى من يملك عشرة آلاف درهم، والمتوسط من يملك من مائتي درهم إلى عشرة آلاف درهم، والفقير من لا يملك مائتين.

وقيل: من لا بد له من الكسب لإصلاح معيشته فهو معسر، ومن له مال يعمل به فهو متوسط، ومن لا يعمل لكثرة ماله فهو فائق في الغنى.

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٠/ ٧٨).
(٢) المحيط البرهاني لابن مازة (٢/ ٣٥٥).
(٣) الصحاح للجوهري (٢/ ٨٢٣).
(٤) المغرب للمطرزي (ص: ٤٥٦).
(٥) ينظر: البناية شرح الهداية للعيني (٧/ ٢٣٩).

أَربَعَةَ دَرَاهِمَ. وَعَلَى وَسَطِ الحَالِ أَربَعَةً وَعِشرِينَ دِرهَمًا فِي كُلِّ شَهرٍ دِرهَمَينِ، وَعَلَى الفَقِيرِ المُعتَمِلِ اثنَي عَشَرَ دِرهَمًا فِي كُلِّ شَهر دِرهَمًا) وَهَذَا عِندَنَا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَضَعُ عَلَى كُلِّ حَالِم دِينَارًا أَو مَا يَعدِلُ الدِّينَارَ، وَالغَنِيُّ وَالفَقِيرُ فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ لِقَولِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِمُعَاذ: خُذ مِن كُلِّ حَالِم وَحَالِمَة دِينَارًا ....

وقيل: من لا كفاف له فهو معسر، ومن ملك قوته وقوت عياله متوسط، ومن يملك لما فضل عليه فهو غني.

وقيل: هذا يختلف باختلاف الأماكن، ويعتبر وجود هذه الصفات في آخر السنة.

(والمعتمل)؛ المكتسب، والاعتمال[١] الاضطراب في العمل وهو الاكتساب، وقيد بالاعتمال؛ لأنه لو كان مريضا في السنة كلها أو نصفها أو أكثرها، لا يجب عليه، ولو ترك العمل مع القدرة عليه فهو كالمعتمل كمن قدر على الزراعة ولم يزرع، يجب عليه الخراج ذكره في الإيضاح ويجيء أيضًا.

قوله: (وقال الشافعي يضع على كل حالم)؛ أي بالغ (دينارا) ولا فرق بين الغني والفقير لحديث معاذ.

وقال بعض أصحابه: الإمام مخير بين الدينار واثني عشر درهما؛ لأن أقل الدينار اثنا عشر مسكوكة من النقرة الخالصة، والدينار في القواعد بعشرة إلّا في الجزية؛ فإنه يقابل باثني عشر درهما فإن عمر ﵁ قضى بذلك ولا يجب على الإمام أن يجبرهم على أكثر ما عليهم.

ويستحب أن يماكس حتى يأخذ من المتوسط دينارين، ومن الغني أربعة دنانير، ولا يعتبر الدراهم إلا بالسعر والقيمة عند عامة أصحابه كذا في شرح الوجيز.

وقال مالك: يأخذ من الغني أربعين درهمًا أو أربعة دنانير، ومن الفقير عشرة دراهم أو دينارا؛ لما روي ذلك عن عمر ﵁.

وعن أحمد ﵁ ثلاث روايات: في رواية غير مقدرة بشيء بل يفوض إلى

---

(١) في الأصل: (الاعتماد) والمثبت من النسخة الثانية.

أَو عِدلَهُ مَعَافِرَ» مِن غَيرِ فَصل. ولأَنَّ الجِزيَةَ إِنَّمَا وَجَبَت بَدَلًا عَن القَتلِ حَتَّى لَا تَجِبَ عَلَى مَن لَا يَجُوزُ قَتلُهُ بِسَبَبِ الكُفرِ كَالذَّرَارِيِّ وَالنِّسوَانِ، وَهَذَا المَعنَى يَنتَظِمُ الفَقِيرَ وَالغَنِيَّ. وَمَذهَبُنَا مَنقُولٌ عَن عُمَرَ وَعُثمَانَ وَعَلِيٍّ، وَلَم يُنكِر عَلَيهِم أَحَدٌ مِن المُهَاجِرِينَ وَالأَنصَارِ؛ وَلِأَنَّهُ وَجَبَ نُصرَةً لِلمُقَاتِلَةِ فَتَجِبُ عَلَى التَّفَاوُتِ بِمَنزِلَةِ خَرَاجِ الأَرضِ،

رأي الإمام وبه قال الثوري وأبو عبيد؛ لأنه عليه السلام أمر معاذا بأخذ الدينار، وصالح بني نجران بألفي حلة النصف في صفر والنصف في رجب رواهما أبو داود[(١)].

وعمر رضي الله عنه جعل الجزية على ثلاث طبقات كما هو المروي وصالح بني تغلب على الضعف، وهذا يدل على أنها مفوضة إلى رأي الإمام، ولأنها عوض كالأجرة فلم يتقدر بشيء.

وفي رواية مثل قولنا، وفي رواية أقلها دينار، وتجوز الزيادة ولا يجوز النقصان؛ لأن عمر رضي الله عنه زاد على ما فرض رسول الله ﷺ ولم ينقص.

قوله: (أو عِدْله معافر)[(٢)] والعَدل بالفتح المثل من خلاف الجنس، وبالكسر المثل من الجنس.

والمعافري: ثوب منسوب إلى معافر بن مُرٍّ، ثم صار اسما للثوب بغير نسبة كما ذكر في المغرب[(٣)] وفي الفوائد الظهيرية: معافر حي من همدان ينسب إليه النوع من الثياب.

قوله: (ومذهبنا مروي عن عمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم) فإنه روي وضع الجزية على رؤوس الرجال اثني عشرة وأربعة وعشرين وثمانية وأربعين، وعن الحسين مثله، ونصب المقادير بالرأي لا يكون؛ فدل أنه اعتمد على السماع من النبي عليه السلام، ولأنه فعل ذلك بمحضر من أصحابه وبمشورتهم ولم يرد عليه أحد فصار إجماعًا، وحديث معاذ منقطع ذكره البيهقي.

قوله: (ولأنه)؛ أي الجزية على تأويل خراج الرأس (وجب نصرة)؛ أي

---

(١) تقدم تخريجه قريبا.

(٢) في الأصل: (مغابر) والمثبت من النسخة الثانية.

(٣) المغرب للمطرزي (ص: ٣٢٠).

وَهَذَا لِأَنَّهُ وَجَبَ بَدَلا عَن النُّصرَةِ بِالنَّفسِ وَالمَالِ، وَذَلِكَ يَتَفَاوَتُ بِكَثْرَةِ الوَفرِ وَقِلَّتِهِ، فَكَذَا أُجرَتُهُ هُوَ بَدَلُهُ، وَمَا رَوَاهُ مَحمُولٌ عَلَى أَنَّهُ كَانَ ذَلِكَ صُلحًا، وَلِهَذَا أَمَرَهُ بِالأَخذِ مِن الحَالِمَةِ وَإِن كَانَت لَا يُؤخَذُ مِنهَا الجِزيَةُ.

خلفا عن النصرة التي فاتت بالإصرار على الكفر؛ لأن من هو في دار الإسلام فعليه القيام بنصرة أبدانهم، لا يصلح لها؛ لميلهم إلى أهل الدار المعادية؛ فيشوشون علينا من الحرب؛ فيؤخذ منهم المال؛ أي الجزية خلفا عن النصرة بالنفس والمال.

ولهذا صرفت إلى المقاتِلة دون الفقراء، وضربت على الصالحين للقتال الذين يلزمهم القتال إذا كانوا مسلمين؛ فتختلف باختلاف حالهم في الفقر والغنى اعتبارًا بأصل النصرة؛ فالفقير لو كان مسلما ينصر الدار راجلا، ووسط الحال ينصرها راكبا، والفائق في الغنى يركب [٢/ ٢٤/أ] بنفسه ويركب غلامه؛ فما كان خلفا عن النصرة يتفاوت بتفاوت الحال إليه أشار في المبسوط[١].

فإن قيل: القتال فرض كفاية والجزية فرض عين، وكيف يكون خلفاً، ولأن القتال طاعة والجزية عقوبة فكيف تصلح خلفاً؟.

قلنا: القتال فرض عين في الأصل، لكنه وجب للذب عن الدار، وكسر شوكة الكفار فإذا حصل بالبعض سقط عن الباقين كالسعي؛ فإنه واجب على كل مسلم فإذا حمله إنسان كرها إلى المسجد سقط عنه؛ لأنه وجب لإمكان أداء الجمعة وقد حصل.

والجواب عن الثاني: أن الخليفة عن النصرة في حق المسلمين لما فيه من زيادة القوة للمسلمين، وهم يثابون على تلك الزيادة الحاصلة؛ بسبب أموالهم بمنزلة ما لو أعاروا دوابهم للمسلمين، كذا في الأسرار.

قوله: (ولهذا أمره)؛ أي النبي عليه السلام معاذا بالأخذ من الحالمة[٢] وهي المرأة البالغة، والجزية على النساء لا تجب بالإجماع.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٠/ ٧٨).

(٢) في الأصل: (الحائلة) والمثبت من النسخة الثانية.

قَالَ: (وَتُوضَعُ الجِزيَةُ عَلَى أَهلِ الكِتَابِ وَالمَجُوس)(*) لِقَولِهِ تَعَالَى: ﴿مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلۡكِتَٰبَ حَتَّىٰ يُعۡطُوا۟ ٱلۡجِزۡيَةَ﴾ [التوبة: ٢٩] الآيَةَ، «وَوَضَعَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الجِزيَةَ عَلَى المَجُوسِ». قَالَ: (وَعَبَدَةِ الأَوثَانِ مِن العَجَمِ) وَفِيهِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ. ....

قوله: (وتوضع الجزية على أهل الكتاب) بلا خلاف، وأهل الكتاب اليهود والنصارى، ومن دان بدينهم كالسامرة يدينون بالتوراة ويعملون بشريعة موسى، وخالفوهم في فروع دينهم، وفرق النصارى من اليعقوبية والنسطورية والملكانية والفرنج والروم والأرمن، وغيرهم ممن دان بالإنجيل وانتسب إلى عيسى والعمل بشريعته فكلهم من أهل الكتاب قال تعالى: ﴿أَن تَقُولُوٓا۟ إِنَّمَآ أُنزِلَ ٱلۡكِتَٰبُ عَلَىٰ طَآئِفَتَيۡنِ مِن قَبۡلِنَا﴾ [الأنعام: ١٥٦].

واختلف أهل العلم في الصابئين، عن أحمد: أنهم جنس من النصارى. وعن عمر: هم يسبتون فهم من اليهود.

وقال مجاهد: بين اليهود والنصارى. وقال السّدي والرّبيع: هم من أهل الكتاب، وتوقف الشافعي فيهم. ويروى عنهم أنهم يقولون: الفلك حي ناطق والكواكب السبعة آلهة.

والصحيح إن كانوا يقرون بنبي وكتاب؛ فهم من أهل الكتاب، وإن كانوا من عبدة الكواكب فهم كعبدة الأوثان، وقد مر في النكاح.

وأما المجوس فلهم شبهة الكتاب فيجوز أخذ الجزية بالحديث منهم، ولا يجوز نكاح نسائهم ولا ذبائحهم؛ لما روي عن علي أن لهم كتابا فلما وقع ملكهم على بنته أو أخته؛ رفع العلم عن صدورهم وما بقي كتابهم.

قوله: (وفيه خلاف الشافعي) فإن عنده لا تقبل إلا من أهل الكتاب والمجوس، وله في أهل كتاب غير اليهود والنصارى، مثل أصحاب إبراهيم وشيث وإدريس وزبور داود من تمسك بدين آدم والسامرة والصابئين وجهان: أحدهما يؤخذ، والثاني لا.

والوثني إذا دخل في دين أهل الكتاب بعد النسخ، لم تؤخذ منه الجزية. وقال المزني: تؤخذ.

(*) أخرجه البخاري (٤/ ٩٦ رقم ٣٥١٦، ٣٥١٧) من حديث عبد الرحمن بن عوف ﷺ.

هُوَ يَقُولُ: إنَّ القِتَالَ وَاجِبٌ لِقَولِهِ تَعَالَى: ﴿وَقَٰتِلُوهُمۡ﴾ [البقرة: ١٩٣] إِلَّا أَنَّا عَرَفنَا جَوَازَ تَركِهِ فِي حَقِّ أَهلِ الكِتَابِ بِالكِتَابِ وَفِي حَقِّ المَجُوسِ بِالخَبَرِ فَبَقِيَ مَن وَرَاءَهُم عَلَى الأَصلِ. وَلَنَا: أَنَّهُ يَجُوزُ استِرقَاقُهُم فَيَجُوزُ ضَربُ الجِزيَةِ عَلَيهِم، إذ كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا يَشتَمِلُ عَلَى سَلبِ النَّفسِ مِنهُم، فَإِنَّهُ يَكتَسِبُ وَيُؤَدِّي إِلَى المُسلِمِينَ وَنَفَقَتُهُ فِي كَسبِهِ، (وَإِن ظُهِرَ عَلَيهِم قَبلَ ذَلِكَ فَهُم وَنِسَاؤُهُم وَصِبيَانُهُم فَيءٌ)؛ لِجَوَازِ ....

وقال مالك: تؤخذ من جميع الكفار إلا من عبدة الأوثان من العرب، وبه قال أحمد في رواية.

وقال أحمد: لا يؤخذ إلا من أهل الكتابين، ومن وافقهم في أصل دينهم وآمن بكتابهم كالسامرة، ويؤخذ من المجوس أيضًا ولا يؤخذ من غيرهم من عبدة الأوثان، وممن آمن بصحف إبراهيم وشيث وإدريس وزبور داود ومن آمن بدين آدم؛ لأن النص جاء في أهل الكتابين والمجوس فبقي غيرهم تحت قوله تعالى: ﴿فَٱقۡتُلُواْ ٱلۡمُشۡرِكِينَ حَيۡثُ وَجَدتُّمُوهُمۡ﴾ [التوبة: ٥].

قوله: (**فبقي من وراءهم على الأصل**)؛ أي تحت النصوص العامة.

وفي الأسرار: قال الشافعي: لا تقبل الجزية إلا من أهل الكتاب، ويسترق مشركي العرب والعجم جميعًا.

ولنا؛ أن عمر رضي الله عنه ضرب الجزية عليهم (**إذ كل واحد منهما**)؛ أي من الاسترقاق وضرب الجزية (**يشتمل على سلب النفس منهم**)؛ إذ بالرق تعود منفعته إلينا ويصير منا دارًا، وكذا بالجزية؛ لأنه يكتسب ويؤدي إلى المسلمين؛ فكل من جاز إبقاؤه على الرق جاز ضرب الجزية عليه، ولا يلزم على هذا استرقاق صبيانهم ولا يجوز ضرب الجزية عليهم.

قلنا: الصبيان صاروا أتباعًا لأصولهم في الكفر، فيلزمهم حكم الأصول ذكره في الأسرار، وامتناع ضرب الجزية على النساء لمانع، وهو عدم الحراب، لا يدل على عدم مساواتهما.

قوله: (**وإن ظهر عليهم**)؛ أي على أهل الكتاب والمجوس وعبدة الأوثان من العجم (**قبل ذلك**)؛ أي قبل وضع الجزية (**فهم فيء**)، وللإمام الخيار بين الاسترقاق وضرب الجزية.

استِرقَاقِهِم (وَلَا تُوضَعُ عَلَى عَبَدَةِ الأَوثَانِ مِن العَرَبِ وَلَا المُرتَدِّينَ) لِأَنَّ كُفرَهُمَا قَد تَغَلَّظَ، أَمَّا مُشرِكُو العَرَبِ فَلِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَشَأَ بَينَ أَظهُرِهِم وَالقُرآنُ نَزَلَ بِلُغَتِهِم فَالمُعجِزَةُ فِي حَقِّهِم أَظهَرُ.

قوله: **(على عبدة الأوثان من العرب)** خلافا لمالك كما ذكرنا، وقيد عبدة الأوثان من العرب لما أن الجزية توضع على أهل الكتاب منهم، ذكره في جامع فخر الإسلام وشمس الأئمة لأن قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ يُعْطُوا۟ ٱلْجِزْيَةَ﴾ [التوبة:٢٩] لم يفصل، ولأنه عليه السلام صالح بني نجران، وعمر أخذ من بني تغلب وهم نصارى العرب، ولأن كفرهم أخف بسبب كتابهم، ويوضع على عبدة الأوثان من العجم [٢/ ٢٤/ب].

فإن قيل: إنه عليه السلام قال يوم أوطاس: «**لو جرى رقٌّ على عربيٍّ لجرى اليومَ**» من غير تفصيل بين الكتابي والوثني.

قلنا: مراده عربي الأصل، وأهل الكتاب وإن سكنوا فيما بين العرب وتوالدوا فهم ليسوا بعرب في الأصل، والعرب في الأصل عبدة الأوثان فهم أميون كما وصفهم الله تعالى.

قوله: **(ولا المرتدين)** سواء كان من العرب أو العجم، ولا خلاف في المرتد **(لأن كفرهما)**؛ أي عبدة الأوثان من العرب والمرتدين.

قوله: **(وعند الشافعي مشركو العرب يسترقوا)** وبه قال مالك وأحمد؛ لأن الاسترقاق إتلافٌ حكمًا فيجوز كإتلافه حقيقة بالقتل.

ولنا قوله تعالى: ﴿تُقَٰتِلُونَهُمْ أَوْ يُسْلِمُونَ﴾ [الفتح:١٦]؛ أي إلى أن يسلموا أو الآية في عبدة الأوثان من العرب، وروى ابن عباس أنه عليه السلام قال: «**لَا يُقبَلُ من مُشرِكِيّ العربِ، الإسلامُ أو السّيف**»(١)، وقال عليه السلام: «**لَا رِقَّ علَى عَرَبِيّ**»(٢).

---

(١) ذكره ابن الهمام في فتح القدير (٦/ ٤٩) من حديث ابن عباس رضي الله عنه.

(٢) بنحوه أخرجه الطبراني في المعجم الكبير (٢٠/ ١٦٨ رقم ٣٥٥) من حديث معاذ بن جبل مرفوعا: «لو كان ثابتا على أحد من العرب رق كان اليوم، إنما هو إسار أو فداء» قال الهيثمي في مجمع الزوائد (٥/ ٣٣٢ رقم ٩٧٠٥): رواه الطبراني وفيه يزيد بن عياض وهو كذاب.

وَأَمَّا المُرتَدُّ؛ فَلِأَنَّهُ كَفَرَ بِرَبِّهِ بَعدَمَا هُدِيَ لِلإِسلَامِ وَوَقَفَ عَلَى مَحَاسِنِهِ، فَلَا يُقبَلُ مِن الفَرِيقَينِ إِلَّا الإِسلَامُ أَو السَّيفُ زِيَادَةَ فِي العُقُوبَةِ. وَعِندَ الشَّافِعِيِّ ﵀: يُستَرَقُّ مُشرِكُو العَرَبِ، وَجَوَابُهُ مَا قُلنَا: (وَإِذَا ظُهِرَ عَلَيهِم فَنِسَاؤُهُم وَصِبيَانُهُم فَيءٌ) لِأَنَّ أَبَا بَكر الصِّدِّيقَ ﵁ استَرَقَّ نِسوَانَ بَنِي حَنِيفَةَ وَصِبيَانِهِم لَمَّا ارتَدُّوا وَقَسَّمَهُم بَينَ الغَانِمِينَ (وَمَن لَم يُسلِم مِن رِجَالِهِم قُتِلَ) لِمَا ذَكَرنَا.

قوله: (وجوابه ما قلنا) وهو قوله: (لأن كفرهم قد تغلظ).

قوله: (ولا المرتدين) سواء كان من العرب أو العجم ولا خلاف في المرتد.

قوله: (وإذا ظهر عليهم)؛ أي على مشركي العرب والمرتدين (**فنساؤهم وصبيانهم فيء**)؛ لأنه عليه السلام سبى ذرية أوطاس وهوازن، واسترق أبو بكر ﵁ نساء وصبيان بني حنيفة لما ارتدوا وقسمهم حتى وقع في سهم علي الحنيفية فاستولد منها محمد بن الحنفية.

وحنيفة أبو حي وهو حنيفة بن لحيم بن صعب بن علي بن بكر بن وائل ذكره في الصحاح[1].

وقيل: المراد ببني حنيفة رهط مسيلمة الكذاب، إلا أن ذراري المرتدين تجبر على الإسلام، وكذا نساؤهم تبعا لهم وذراري عبدة الأوثان، ونساؤهم لا يجبرون على الإسلام بعد الاسترقاق، كذا في جامعي شمس الأئمة وفخر الإسلام.

وفي فتاوى قاضي خان[2]: تؤخذ الجزية من كل كافر سوى مشركي العرب، وتؤخذ من الصابئة عند أبي حنيفة، خلافا لهما على ما مر في باب النكاح.

وأما الزنادقة قال: لو جاء زنديق قبل أن يؤخذ فأقر أنه زنديق وتاب عن ذلك تقبل توبته؛ فإن أُخِذَ ثم تاب لا تقبل توبته ويقتل لأنهم باطنية يعتقدون في الباطن خلاف ذلك فيقتل، ولا تؤخذ منه الجزية.

---

(١) الصحاح للجوهري (٤/ ١٣٤٧).
(٢) فتاوى قاضي خان (٣/ ٣٦٩).

(وَلَا جِزيَةَ عَلَى امرَأَة وَلَا صَبِيّ) لِأَنَّهَا وَجَبَت بَدَلا عَن القَتلِ أَو عَن القِتَالِ، وَهُمَا لَا يُقتَلَانِ وَلَا يُقَاتِلَانِ لِعَدَمِ الأَهلِيَّةِ. قَالَ: (وَلَا زَمِنٍ وَلَا أَعمَى) وَكَذَا المَفلُوجُ وَالشَّيخُ الكَبِيرُ لِمَا بَيَّنَّا. وَعَن أَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ تَجِبُ إِذَا كَانَ لَهُ مَالٌ، لِأَنَّهُ يُقتَلُ فِي الجُملَةِ إِذَا كَانَ لَهُ رَأيٌ(*) (وَلَا عَلَى فَقِيرٍ غَيرِ مُعتَمِلٍ) خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ. لَهُ إِطلَاقُ حَدِيثِ مُعَاذ ﷺ. وَلَنَا: أَنَّ عُثمَانَ ﷺ لَم يُوَظِّفهَا عَلَى فَقِير غَيرِ مُعتَمِلٍ، وَكَانَ ذَلِكَ بِمَحضَر مِن الصَّحَابَةِ ﷺ، وَلِأَنَّ خَرَاجَ الأَرضِ لَا يُوَظَّفُ عَلَى أَرض لَا طَاقَةَ لَهَا، فَكَذَا هَذَا الخَرجُ، وَالحَدِيثُ مَحمُولٌ عَلَى المُعتَمِلِ (وَلَا تُوضَعُ عَلَى المَملُوكِ وَالمُكَاتَبِ وَالمُدَبَّرِ وَأُمِّ الوَلَدِ) لِأَنَّهُ بَدَلٌ عَن القَتلِ فِي حَقِّهِم وَعَن النُّصرَةِ فِي حَقِّنَا، وَعَلَى اعتِبَارِ الثَّانِي: لَا تَجِبُ فَلَا تَجِبُ بِالشَّكِّ (وَلَا يُؤَدِّي عَنهُم مَوَالِيهِم) لِأَنَّهُم تَحَمَّلُوا الزِّيَادَةَ بِسَبَبِهِم (وَلَا تُوضَعُ عَلَى الرُّهبَانِ الَّذِينَ لَا يُخَالِطُونَ النَّاسَ) كَذَا ذَكَرَ هَاهُنَا. وَذَكَرَ مُحَمَّدٌ عَن أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهُ يُوضَعُ عَلَيهِم إِن كَانُوا يَقدِرُونَ عَلَى العَمَلِ، وَهُوَ وَقَولُ أَبِي يُوسُفَ. وَجهُ الوَضعِ عَلَيهِم: أَنَّ القُدرَةَ عَلَى العَمَلِ هُوَ الَّذِي ضَيَّعَهَا فَصَارَ كَتَعطِيلِ الأَرضِ الخَرَاجِيَّةِ.

قوله: **(ولا جزية على امرأة)** ولا صبي وكذا على مجنون، ولا خلاف لأهل العلم فيه[١]، وفي قول من الشافعي: تؤخذ من الأعمى **(والمفلوج والشيخ الكبير)**؛ لأنه أجرة السكنى فيكون كالأجرة فيستوي فيه الكل.

قوله: **(تحملوا الزيادة بسببهم)**؛ أي صار مواليهم بسببهم من صنف الأغنياء أو وسط الحال.

قال عيسى بن أبان: فسر الغنى بأن كان ما يملكه يكفيه وعياله فيفضل، فربما كان الرجل؛ لكثرة غلمانه واكتسابهم يكون على هذه الصفة، فيكون غنيًّا وجزية الغني على ضعف جزية الفقير؛ فكان تحمُّل زيادة الجزية بسبب الغلمان، فلو قلنا: بأنه يؤدي عنهم أيضًا لكان وجوب الجزية مرتين بسبب شيء واحد، وذلك لا يجوز ولا خلاف في هذا.

قوله: **(ذكر هاهنا)**؛ أي في القدوري، وهو قول أبي يوسف وبه قال الشافعي في قول وأحمد في وجه.

(*) الراجح: قول أبي يوسف.

(١) كررت هذه الجملة في الأصل.

وَوَجهُ الوَضعِ عَنهُم: أَنَّهُ لَا قَتلَ عَلَيهِم إِذَا كَانُوا لَا يُخَالِطُونَ النَّاسَ، وَالجِزيَةُ فِي حَقِّهِم لِإِسقَاطِ القَتلِ، وَلَا بُدَّ أَن يَكُونَ المُعتَمِلُ صَحِيحًا وَيَكتَفِي بِصِحَّتِهِ فِي أَكثَرِ السَّنَةِ.

(وَمَن أَسلَمَ وَعَلَيهِ جِزيَةٌ سَقَطَت عَنهُ) وَكَذَلِكَ إِذَا مَاتَ كَافِرًا، خِلَافا لِلشَّافِعِيِّ فِيهِمَا. لَهُ: أَنَّهَا وَجَبَت بَدَلًا عَن العِصمَةِ أَو عَن السُّكنَى وَقَد وَصَلَ إِلَيهِ المُعَوَّضُ فَلَا يَسقُطُ عَنهُ العِوَضُ بِهَذَا العَارِضِ، كَمَا فِي الأُجرَةِ وَالصُّلحِ عَن دَم العَمدِ. وَلَنَا: قَولُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَيسَ عَلَى مُسلِم جِزيَةٌ» وَلِأَنَّهَا وَجَبَت عُقُوبَة عَلَى الكُفرِ،

قوله: (سقطت)؛ أي الجزية **(عنه)** سواء كانت قبل تمام السنة أو بعد تمامها قبل أخذ الجزية وبه قال مالك وأحمد، وأكثر أهل العلم.

(وكذا لو مات كافرا)؛ أي بعد تمام السنة تسقط عندنا وبه قال أحمد في رواية.

وقال الشافعي: لا تسقط في الوجهين.

وقال مالك وأحمد: في الإسلام كقولنا، وفي الموت كقول الشافعي، وللشافعي فيما إذا أسلم أو مات في أثناء الحول قولان: أصحهما أنه تجب جزية ما مضى، وهكذا الخلاف لو عمي أو صار مقعدًا أو زَمِنًا أو شيخًا كبيرًا لا يستطيع العمل أو صار فقيرًا لا يقدر على شيء، وبقي من الجزية عليه شيء يسقط عندنا خلافا لهم.

قوله: (بدلا عن العصمة أو عن السكنى) وإنما ردد بينهما؛ لأن العلماء رحمهم الله اختلفوا في أن الجزية وجبت بدلا عن ماذا؟ قال بعضهم: بدلا عن العصمة الثابتة بعقد الذمة وبه قال الشافعي في قول.

وقال بعضهم: بدلًا عن النصرة التي فاتت بإصرارهم كما بينا وهو الأصح، وقال بعضهم: بدلا عن السكنى في دارنا وبه قال الشافعي في قول: تؤخذ الجزية عن الأعمى والمعتوه والمقعد لأنهم يشاركون في السكنى.

وعندنا لا يجوز كما بينا، وعنده لا يسقط بعارض الإسلام والموت **(لوصول المعوض)**، وهو السكنى إليه **(كالأجرة وكبدل الصلح عن دم العمد)** حيث لا يسقطا بالإسلام والموت.

ولنا قوله عليه السلام: «لا جزية على مسلم» [٢/ ٢٥/أ] نفاها مطلقًا فيقتضي نفيها ابتداء وبقاء، وقال عليه السلام: «**لا يَنْبَغي للمُسلمِ أنْ يُؤَدّيَ**

وَلِهَذَا تُسَمَّى جِزيَة وَهِيَ وَالجَزَاءُ وَاحِدٌ، وَعُقُوبَةُ الكُفرِ تَسقُطُ بِالإِسلَامِ وَلَا تُقَامُ بَعدَ المَوتِ، وَلِأَنَّ شَرعَ العُقُوبَةِ فِي الدُّنيَا لَا يَكُونُ إِلَّا لِدَفعِ الشَّرِّ وَقَد اندَفَعَ بِالمَوتِ وَالإِسلَامِ؛ وَلِأَنَّهَا وَجَبَت بَدَلًا عَن النُّصرَةِ فِي حَقِّنَا وَقَد قَدَرَ عَلَيهَا بِنَفسِهِ بَعدَ الإِسلَامِ. وَالعِصمَةُ تَثبُتُ بِكَونِهِ آدَمِيًّا وَالذِّمِّيُّ يَسكُنُ مِلكَ نَفسِهِ فَلَا مَعنَى لِإِيجَابِ بَدَلِ العِصمَةِ وَالسُّكنَى.

الجِزيَةَ»[1]، وعن عمر؛ إن أخذها في كفه ثم أسلم ردها عليه.

(ولأنها)؛ أي ولأن الجزية **(وجبت عقوبة على الكفر فتسقط بالإسلام والموت)** كالقتل لأنها خلف عن القتل، ولهذا تسمى جزية وهي والجزاء واحد، وهو ينطلق على المثوبة والعقوبة بمقابلة الطاعة والمعصية، وهذه ليست بمثوبة فتعين عقوبة، ولهذا تستوفى بطريق المذلة والصغار، وفي النص إشارة إليه حيث قال ﴿حَتَّىٰ يُعۡطُواْ ٱلۡجِزۡيَةَ عَن يَدٖ وَهُمۡ صَٰغِرُونَ﴾ [التوبة:٢٩].

وإذا كانت عقوبة وهي تستحق بالجناية، ولا جناية أعظم من الكفر وعقوبة الكفر في الدنيا لا تكون إلا لدفع الشر، وقد صار مدفوعا بالموت أو الإسلام فيسقط كالقتل، ولأنها خلف عن النصرة كما مر، وبالإسلام قرر على الأصل فيسقط الخلف، وبالموت عجز عن الأصل؛ فلا يجب الخلف إذ شرطه تصور الأصل، وفيه نوع تأمل.

وقوله: **(والعصمة تثبت بكونه آدميًّا)** جواب عن قوله: **(إنها وجبت بدلا عن النصرة)**؛ فيمنع هذا، ونقول: العصمة كانت أمرًا أصليًّا له لا أن تثبت بقبول الجزية؛ لأن الآدمي خلق معصومًا في أصله كما بيّنّا؛ فلا تصح إضافة الأمر الأصلي إلى قبول الجزية الذي هو طارئ.

قوله: (والذمي يسكن ملك نفسه)، يعني بعقد الذمة صارت[2] الدار داره فلا وجه **(لإيجابها عوضا عن العصمة والسكنى)**. ولهذا تسقط عن الأعمى والشيخ الفاني والمقعد، والزَّمِن والمعتوه على قول أكثرهم أي أهل العلم وعلى قول من الشافعي.

---

(١) انظر تخريج الحديث السابق.

(٢) في الأصل: (دارت) والمثبت من النسخة الثانية.

(وَإِن اجتَمَعَت عَلَيهِ الحَولَانِ تَدَاخَلَت. وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَمَن لَم يُؤخَذ مِنهُ خَرَاجُ رَأسِهِ حَتَّى مَضَت السَّنَةُ وَجَاءَت سَنَةٌ أُخرَى لَم يُؤخَذ وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: يُؤخَذُ مِنهُ)(*) وَهُوَ قَولُ الشَّافِعِيِّ رحمه الله (وَإِن مَاتَ عِندَ تَمَامِ السَّنَةِ لَم يُؤخَذ مِنهُ فِي قَولِهِم جَمِيعًا، وَكَذَلِكَ إِن مَاتَ فِي بَعضِ السَّنَةِ) أَمَّا مَسأَلَةُ المَوتِ فَقَد ذَكَرنَاهَا. وَقِيلَ: خَرَاجُ الأَرضِ عَلَى هَذَا الخِلَافِ. وَقِيلَ: لَا تَدَاخُلَ فِيهِ بِالِاتِّفَاقِ. لَهُمَا فِي الخِلَافِيَّةِ: أَنَّ الخَرَاجَ وَجَبَ عِوَضًا، وَالأَعوَاضُ إِذَا اجتَمَعَت وَأَمكَنَ استِيفَاؤُهَا تُستَوفَى، وَقَد أَمكَنَ فِيمَا نَحنُ فِيهِ بَعدَ تَوَالِي السِّنِينَ،

وفي المبسوط(١): ولئن سلمنا أنها دين فإنما هي بدل حقن الدم في المستقبل لا فيما مضى، وقد استفاد الحقن بالإسلام فلا معنى لأخذها، وفيه نوع تأمل.

قوله: (وإن اجتمعت عليه)؛ أي على الذمّي **(الحولان)** ولفظ شرح الأقطع: وإن اجتمع عليه حولان، وقيل: أنث الحول على تأنيث السنة.

قوله: (وهو قول الشافعي)، وبه قال أحمد ومالك تؤخذ منه لعسره؛ إذ الفقير لا جزية عليه عنده.

قوله: (وقيل: لا تداخل فيه)؛ أي في الأرض بالاتفاق، ووجه الفرق أن خراج الأرض وجب مؤنة(٢) للأرض قائما مقام العشر، والعشر يتضاعف فكذا الخراج، ولأنه لا عقوبة في الخراج بقاء؛ فاعتبر مؤنة للأرض لا عقوبة فيها؛ كنفقة المرأة المفروضة وصدقة الفطر إليه أشار في الأسرار.

قوله: (ولهما)؛ أي لأبي يوسف ومحمد **(أن الخراج)**؛ أي خراج الرأس وهو الجزية عوض، **(والأعواض إذا اجتمعت)** لا تتداخل كسائر الأعواض التي تجب في الذمة، وهذا لأنه ما بقي حيًّا مصرًّا على كفره؛ فاستيفاؤها من الوجه الذي وجبت ممكن بخلاف ما إذا أسلم؛ لتعذر استيفائها من الوجه الذي وجبت، إذ أخذ الجزية بطريق الصغار لما مر، وبعد الإسلام لا يمكن استيفاؤها

(*) **الراجح: قول أبي حنيفة.**

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٠/ ٨١).

(٢) في الأصل: (مؤنتا) والمثبت من النسخة الثانية.

بِخِلَافِ مَا إِذَا أَسلَمَ؛ لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ استِيفَاؤُهُ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهَا وَجَبَت عُقُوبَة عَلَى الإِصرَارِ عَلَى الكُفرِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَلِهَذَا: لَا يُقبَلُ مِنهُ لَو بَعَثَ عَلَى يَدِ نَائِبِهِ فِي أَصَحِّ الرِّوَايَاتِ، بَل يُكَلَّفُ أَن يَأتِيَ بِهِ بِنَفسِهِ فَيُعطِيَ قَائِمًا، وَالقَابِضُ مِنهُ قَاعِدٌ. وَفِي رِوَايَة: يَأخُذُ بِتَلبِيبِهِ وَيَهُزُّهُ هَزًّا وَيَقُولُ: أَعطِ الجِزيَةَ يَا ذِمِّيُّ، فَثَبَتَ أَنَّهُ عُقُوبَةٌ، وَالعُقُوبَاتُ إِذَا اجتَمَعَت تَدَاخَلَت كَالحُدُودِ؛ وَلِأَنَّهَا وَجَبَت بَدَلًا عَن القَتلِ فِي حَقِّهِم وَعَن النُّصرَةِ فِي حَقِّنَا كَمَا ذَكَرنَا، لَكِن فِي المُستَقبَلِ لَا فِي المَاضِي؛ لِأَنَّ القَتلَ إِنَّمَا يُستَوفَى لِحِرَاب قَائِم فِي الحَالِ لَا لِحِرَاب مَاض، وَكَذَا النُّصرَةُ فِي المُستَقبَلِ؛ لِأَنَّ المَاضِيَ وَقَعَت الغُنيَةُ عَنهُ. ثُمَّ قَولُ مُحَمَّد فِي الجِزيَةِ فِي «الجَامِعِ الصَّغِيرِ»: وَجَاءَت سَنَةٌ أُخرَى، حَمَلَهُ بَعضُ المَشَايِخِ عَلَى المُضِيِّ مَجَازًا.

وَقَالَ: الوُجُوبُ بِآخِرِ السَّنَةِ، فَلَا بُدَّ مِن المُضِيِّ لِيَتَحَقَّقَ الِاجتِمَاعُ فَتَتَدَاخَلَ.

وَعِندَ البَعضِ: هُوَ مُجرى عَلَى حَقِيقَتِهِ، وَالوُجُوبُ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ بِأَوَّلِ

بطريق الصغار إذ المؤمن يوقر لإيمانه فتعذر استيفاؤها من الوجه الذي وجبت، وإنما استيفاء الواجب إذا استوفي بصفة وجب بها.

قوله: (**أخذ بتلبيبه**) في المغرب[1]: التلبيب بالفتح ما على موضع اللَّبَب من ثيابه، واللبب موضع القلادة من الصدر، و(الهز)؛ التحريك.

وفي شرح الطحاوي: يؤخذ منه الجزية بطريق الاستخفاف له حتى يصفع أيضًا حالة الأخذ. (**فثبت أنه**)؛ أي خراج الرأس، وهو الجزية (**عقوبة فتداخل كالحدود**).

ألا ترى أن كفارة الإفطار تتداخل، وإن كانت عبادات؛ لأن جهة العقوبة فيها معتبرة حقًّا لله تعالى حتى تسقط بالشبهة؛ فالجزية التي لا عبادة فيها بوجه، وهي عقوبة أولى، ولأنها وجبت بدلا عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا كما مر، وأيًّا ما كان تسقط إذا اجتمعت عنه إلى آخر ما ذكر في الكتاب.

قوله: (**مجرى على حقيقته**)؛ أي على حقيقة المجيء وهو الدخول.

---

(١) المغرب للمطرزي (ص: ٤٢٠).

الحَولِ، فَيَتَحَقَّقُ الِاجتِمَاعُ بِمُجَرَّدِ المَجِيءِ. وَالأَصَحُّ: أَنَّ الوُجُوبَ عِندَنَا فِي ابتِدَاءِ الحَولِ، وَعِندَ الشَّافِعِيِّ فِي آخِرِهِ اعتِبَارًا بِالزَّكَاةِ. وَلَنَا: أَنَّ مَا وَجَبَ بَدَلًا عَنهُ لَا يَتَحَقَّقُ إِلَّا فِي المُستَقبَلِ عَلَى مَا قَرَّرنَاهُ فَتَعَذَّرَ إِيجَابُهُ بَعدَ مُضِيِّ الحَولِ فَأَوجَبنَاهُ فِي أَوَّلِهِ.

فَصْلٌ: [لا يَجُوزُ إِحْدَاثُ بِيعَةٍ وَلا كَنِيسَةٍ في دَارِ الإِسْلَامِ]

(وَلَا يَجُوزُ إِحدَاثُ بِيعَة وَلَا كَنِيسَة فِي دَارِ الإِسلَامِ)؛ لِقَولِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ

قوله: (والأصح كذا) كقوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ يُعْطُواْ ٱلْجِزْيَةَ عَن يَدٍ﴾ فأمر بإسقاط القتل عنهم بإعطاء الجزية، وذلك موجود في أول الحول، ولأنه مال يجب بإسقاط القتل؛ فكان وجوبه حال سقوطه كبدل الصلح عن دم العمد؛ فإن قاسوا على خراج الأرض.

قلنا: خراج الأرض في مقابلة الانتفاع بها فما لم تسلم المنفعة لا تجب، **(وعند الشافعي في آخره)**؛ أي في آخر الحول وبه قال أحمد؛ لأنه مال يتكرر بتكرر الحول، أو يؤخذ في آخر الحول؛ فلم يجب بأوله كالزكاة والدية.

قوله: (على ما قررناه)، وهو أن [٢/ ٢٥/ب] الجزية بدل عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا، وذا إنما يتحقق في المستقبل لا في الماضي؛ فكذلك وجب أن يكون الحكم في بدلهما كذلك أيضًا، وهو ألَّا يجب لنصرة ماضية ويجب لنصرة مستقبلة؛ فينبغي أن يجب في أول الحول ليتحقق سببه، وهو وجوب النصرة عليهم بالمال بخلاف الزكاة؛ لأنها تجب في المال النامي الحولي؛ ليتمكن من الاستنماء لاشتمال الحول على فصول أربعة كما مر في الزكاة، وبخلاف الدية؛ لأنها تجب باعتبار تفويت المحافظة، وعدم أخذ يد القاتل وذا يتحقق في آخر السنة.

فصل

لما ذكر أحكام ما يجب عليهم شرع في بيان معاملتهم في دارنا.

قوله: (ولا يجوز...) إلى آخره، وكذا لا يجوز إحداث بيت نار.

وَالسَّلَامُ: «لَا خِصَاءَ فِي الإِسلَامِ وَلَا كَنِيسَةَ» وَالمُرَادُ إِحدَاثُهَا (وَإِن انهَدَمَت البِيَعُ وَالكَنَائِسُ القَدِيمَةُ أَعَادُوهَا) لِأَنَّ الأَبنِيَةَ لَا تَبقَى دَائِمًا، وَلَمَّا أَقَرَّهُم الإِمَامُ فَقَد عَهِدَ إِلَيهِم الإِعَادَةَ، إِلَّا أَنَّهُم لَا يُمَكَّنُونَ مِن نَقلِهَا؛ لِأَنَّهُ إِحدَاثٌ فِي الحَقِيقَةِ، ....

(والخِصاء) ـ بالكسر والمد على فِعال ـ مصدر خصاه، أي: نزع خصيته، والإخصاء في معناه خطأ، ذكره في المغرب[1].

الكنيسة؛ معبد اليهود، والبِيعة معبد النصارى.

قيل: في وجه المناسبة في الجمع بين الخِصاء والكنيسة في الحديث أن الخصاء نوع ضعف ليس في الفحل، وكذا بناء الكنيسة في دار الإسلام يورث الضعف في الإسلام، أو في الخصاء تغيير عما عليه أصل الخلقة، وكذا في بناء الكنيسة تغيير عما عليه بناء دار الإسلام.

قيل: في تأويل قوله تعالى: ﴿وَلَآمُرَنَّهُمْ فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ ٱللَّهِ﴾ [النساء: ١١٩] المراد الخصاء.

وقيل: المراد التبتل والامتناع من النساء.

وقيل أمصار المسلمين ثلاثة:

أحدها: ما مصّره المسلمون كالكوفة والبصرة وبغداد وواسط؛ فلا يجوز فيها إحداث بِيعة ولا كنيسة، ولا مجتمع لصلاتهم ولا صومعة بإجماع أهل العلم، ولا يمكنون فيه من شرب الخمر واتخاذ الخنزير، وضرب الناقوس.

وثانيها: ما فتحه المسلمون عَنوة فلا يجوز فيها إحداث شيء بالإجماع، وما كان فيها شيء من ذلك هل يجب هدمه؟ فقال مالك والشافعي في قول وأحمد في رواية: [يجب هدمه. وعندنا أمرهم أن يجعلوا كنائسهم مساكن، ويمنع من صلاتهم فيها، ولكن لا تهدم، هذا إذا صالحهم بعد الفتح أن يجعلهم ذمة، وبه قال الشافعي في قول وأحمد في رواية][2]؛ لأن الصحابة رضي الله عنهم فتحوا

---

(١) المغرب للمطرزي (ص ١٤٧).
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

وَالصَّومَعَةُ لِلتَّخَلِّي فِيهَا بِمَنزِلَةِ البِيعَةِ، بِخِلَافِ مَوضِعِ الصَّلَاةِ فِي البَيتِ؛ لِأَنَّهُ تَبَعٌ لِلسُّكنَى، وَهَذَا فِي الأَمصَارِ دُونَ القُرَى؛ لِأَنَّ الأَمصَارَ هِيَ الَّتِي تُقَامُ فِيهَا الشَّعَائِرُ فَلَا تُعَارَضُ بِإِظهَارِ مَا يُخَالِفُهَا.

وَقِيلَ: فِي دِيَارِنَا يُمنَعُونَ مِن ذَلِكَ فِي القُرَى أَيضًا؛ لِأَنَّ فِيهَا بَعضَ الشَّعَائِرِ، وَالمَروِيُّ عَن صَاحِبِ المَذهَبِ فِي قُرَى الكُوفَةِ، لِأَنَّ أَكثَرَ أَهلِهَا أَهلُ الذِّمَّةِ. وَفِي

كثيرا من البلاد عَنوة ولم يهدموا شيئًا من كنائسهم، وكتب عمر رضي الله عنه إلى عماله: لا تهدموا بِيعة ولا كنيسة.

وثالثها: ما فتح صلحا فإن صالحهم على أن الأرض لهم، ولنا الخراج فجاز إحداثهم، وإن صالحهم على أن الدار لنا، ويؤدّون الجزية فالحكم في الكنائس على ما بويع عليه الصلح، فإن صالحهم على شرط تمكين الإحداث لا يمنعهم.

والأولى أن يصالحهم على شرط ما وقع عليه صلح عمر رضي الله عنه من عدم إحداث البِيعة والكنيسة، ويمنعون من ضرب الناقوس وشرب الخمر واتخاذ الخنزير، ولو وقع الصلح مطلقًا لا يجوز الإحداث ولا يتعرض للقديمة، ويمنعون من ضرب الناقوس وشرب الخمر واتخاذ الخنزير بالإجماع.

وفي المحيط: لو ضربوا الناقوس في جوف كنائسهم لا يمنع.

قوله: (والصومعة)؛ أي لا يمكنون من اتخاذ الصومعة للعبادة.

قوله: (بخلاف موضع الصلاة)؛ أي صلاة الذمّي في بيته حيث يمكن منه.

قوله: (والمروي عن صاحب المذهب) أي عن أبي حنيفة.

وفي المحيط[١]: قال محمد: كل قرية من قرى أهل الذمة أو مصر أو مدينة لهم أظهروا فيها شيئًا من الفسق مثل الزنا وإتيان الفواحش التي يحرمونها في دينهم يمنعون من ذلك وكذا عن المزامير والطنابير والغناء ومن كسر شيئًا من

---

(١) ينظر: النهر الفائق لعمر بن نجيم (٣/ ٢٤٦).

أَرضِ العَرَبِ يُمنَعُونَ مِن ذَلِكَ فِي أَمصَارِهَا وَقُرَاهَا لِقَولِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا يَجتَمِعُ دِينَانِ فِي جَزِيرَةِ العَرَبِ».

قَالَ: (وَيُؤخَذُ أَهلُ الذِّمَّةِ بِالتَّمَيُّزِ عَن المُسلِمِينَ فِي زِيِّهِم وَمَرَاكِبِهِم وَسُرُوجِهِم وَقَلَانِسِهِم، فَلَا يَركَبُونَ الخَيلَ وَلَا يَعمَلُونَ بِالسِّلَاحِ. وَفِي «الجَامِعِ الصَّغِيرِ»: وَيُؤخَذُ أَهلُ الذِّمَّةِ بِإِظهَارِ الكِستِيجَاتِ ....

ذلك لم يضمن.

قوله: (في جزيرة العرب) جزر الماء؛ انكشف عن وجه الأرض وقد بينا أن أرض العرب لم سميت جزيرة.

وفي المحيط[(١)]: قال محمد: لا ينبغي أن يترك في أرض العرب كنيسة ولا بيعة، ولا يباع فيها الخمر ولا قرية منها أو في ماء من مياه العرب، ويمنع المشركون أن يتخذوا أرض العرب مسكنا ووطنا، ولا خلاف لأحد.

قوله: (الكستيجات) وهو جمع الكستيج، وهو خيط غليظ بقدر الإصبع يشده الذمّي فوق ثيابه دون الزنانير المتخذة من الإبريسم قاله أبو يوسف، ومنه أمر عمر رضي الله عنه بإظهار الكستجات ذكره في المغرب[(٢)].

فإن قيل: لم يأمر النبي ﷺ يهود المدينة ولا نصارى نجران ولا مجوس هجر.

قلنا: لأنهم في زمنه عليه السلام معروفون ولا يشتبه حالهم فلا يحتاجون إلى ذلك، ثم في زمن عمر رضي الله عنه لما كثر الناس ممن يعرف وممن لا يعرف، احتاج إلى ذلك، وكان ذلك بمحضر من الصحابة [٢/٢٦/أ] قال عليه السلام: «**أينمَا دارَ عُمرُ دارَ الحقُّ مَعَه**».

قوله: (**وفي الجامع الصغير**)، وإنما ذكر لفظ الجامع؛ ليعلم أنما ذكره في الجامع الصغير تفسير لما ذكره من رواية القدوري.

---

(١) ينظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٣/ ٢٨٠).

(٢) المغرب للمطرزي (ص: ٤٠٧).

وَالرُّكُوبِ عَلَى السُّرُوجِ الَّتِي هِيَ كَهَيْئَةِ الأَكُفِّ) وَإِنَّمَا يُؤخَذُونَ بِذَلِكَ إِظْهَارا لِلصَّغَارِ عَلَيهِم وَصِيَانَة لِضَعَفَةِ المُسلِمِينَ؛ وَلِأَنَّ المُسلِمَ يُكرَمُ، وَالذِّمِّيُّ يُهَانُ، وَلَا يُبتَدَأُ بِالسَّلَامِ وَيُضَيَّقُ عَلَيهِ الطَّرِيقُ، فَلَو لَم تَكُن عَلَامَةٌ مُمَيِّزَةٌ، فَلَعَلَّهُ يُعَامَلُ مُعَامَلَةَ المُسلِمِينَ وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ؛ وَالعَلَامَةُ يَجِبُ أَن تَكُونَ خَيطًا غَلِيظًا مِن الصُّوفِ يَشُدُّهُ عَلَى وَسَطِهِ دُونَ الزُّنَّارِ مِن الإِبرَيسَمِ، فَإِنَّهُ جَفَاءٌ فِي حَقِّ أَهلِ الإِسلَامِ. وَيَجِب أَن يَتَمَيَّزَ نِسَاؤُهُم عَن نِسَائِنَا فِي الطُّرُقَاتِ وَالحَمَّامَاتِ، وَيُجعَلُ عَلَى دُورِهِم عَلَامَاتٌ كَي لَا يَقِفَ عَلَيهَا سَائِلٌ يَدعُوَ لَهُم بِالمَغفِرَةِ.

قَالُوا: الأَحَقُّ أَن لَا يُترَكُوا أَن يَركَبُوا إِلَّا لِلضَّرُورَةِ. وَإِذَا رَكِبُوا لِلضَّرُورَةِ فَلِيَنزِلُوا فِي مَجَامِعِ المُسلِمِينَ، فَإِن لَزِمَت الضَّرُورَةُ اتَّخَذُوا سُرُوجًا بِالصِّفَةِ الَّتِي تَقَدَّمَت، وَيُمنَعُونَ مِن لِبَاس يَختَصُّ بِهِ أَهلُ العِلمِ وَالزُّهدِ وَالشَّرَفِ.

قوله: (صيانة لضعفة المسلمين) قال شمس الأئمة في جامعه: المراد من الضعف؛ هو الضعف في الدين لا في البدن، يعني إنما فعل بهم ذلك من الصَّغار؛ لكي يروا في أعين الناس الذين لم يتصلبون في دين الإسلام على الصغار والذلة، حتى لا يقولوا يتقلبون في النعمة والدعة، والمؤمنون في المحنة والضعة، وألا يميلوا إلى الكفر بسبب سعيهم، وإليه أشار الله تعالى في قوله ﴿وَلَوْلَآ أَن يَكُونَ ٱلنَّاسُ أُمَّةً وَٰحِدَةً لَّجَعَلْنَا لِمَن يَكْفُرُ بِٱلرَّحْمَٰنِ﴾ [الزخرف:٣٣] الآية.

قوله: (والعلامة بخيط...) إلى آخره ذكر التمرتاشي: يكتفى في كل بلد من العلامة بما تعارفه أهله؛ لأن المقصود يحصل بهذا، فعلم أن الاقتصار على هذه العلامة المخصوصة غير لازم.

قوله: (فإنه)؛ أي الزنار من الابريسم. **(جفاء)**، والجفاء الغلظ في العشرة، والخرق في المعاملة، وترك الرفق يعني فيه ترك حسن العشرة بأهل الإسلام؛ إذ فيه إهانة لأهل الإسلام؛ فإن من أعز عدو صديقه فقد أهان صديقه معنًى.

قوله: (إلا للضرورة)، بأن استعان بهم الإمام في الحرب والذبّ عن المسلمين، وكالخروج إلى الرستاق، وذهاب المريض إلى موضع يحتاج إليه.

قوله: (بالصفة التي تقدمت) وهي كهيئة الأكف جمع إكاف؛ إذ السرج للغزاة، ولهذا يكره للنساء الركوب على السرج؛ لأنهن لسن من أهل الجهاد.

(وَمَن امتَنَعَ مِن الجِزيَةِ أَو قَتَلَ مُسلِمًا أَو سَبَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَو

وفي المحيط: ويركبون على قربوس مثل الرمانة، ولا يلبسوا طيالسة مثل طيالسة المسلمين، ولا أردية ولباسا مثل أردية المسلمين وثيابهم، هكذا أمر عمر رضي الله عنه واتفقت الصحابة على ذلك، ولباس أهل الشرف كالعمامة والدراعة والرداء وغيرها، ويكون مكاعبهم خلاف مكاعبنا خشنة فاسدة اللون غير مزينة؛ تحقيرا لهم وتعظيما لأهل الدين.

قوله: (**ومن امتنع...**) إلى آخره.

وفي الواقعات: الامتناع عن قبول الجزية نقض بخلاف سائر الكبائر.

قال الشافعي: إذا امتنع من بذل الجزية وقبول أحكام الإسلام ينتقض عهده، ولا بزناه بمسلمة أو أن يصيبها بنكاح، وأن يفتتن مسلما عن دينه أو يقطع الطريق أو يؤدي إلى الكفار عينا، أو يدل على عورات المسلمين أو يقتل مسلما وبه قال أحمد ومالك.

وقال مالك: ينتقض بإكراه المسلمة على الزنا، وبسب النبي عليه السلام أو ذكر الله تعالى بما لا ينبغي. للشافعي قولان: أحدهما ينتقض والثاني لا.

وفي شرح الوجيز: منع الجزية مع القدرة انتقاض للعهد وبالعجز لا، والامتناع عن إجراء الأحكام هاربا فلا أراه ناقضا، وإن امتنع راكنا إلى قوة وعُدّة؛ فينبغي أن يدعى إلى الإسلام فإن نصب القتال انتقض.

وفي ذكر الرسول بالسوء طريقان: أحدهما أنه ينتقض فيه العهد بلا خلاف كالقتال، وفي الآخر: إن ذكره بسوء يعتقده ويتدين به؛ بأن قال إنه ليس برسول أو قتل اليهود بغير حق أو نسبه إلى الكذب فعند بعض الأصحاب لا ينتقض عهده.

أما لو ذكره بما لا يعتقده ولا يتدين به كما لو نسبه إلى الزنا أو طعن في نسبه، ينتقض به شرط عليهم أو لم يشرط، وذكر الله تعالى على ذلك الخلاف فلو ذكره بما لا يليق بكبريائه مما لا يعتقدون به ويتدينون به ينتقض العهد، وفيما يعتقده الذمّي كثالث ثلاثة أو العزير ابن الله فلا ينتقض العهد بلا خلاف.

وقال مالك: في سب النبي عليه السلام يقتل إن لم يسلم، وبه قال أحمد في رواية، والشافعي في قول.

زَنَى بِمُسلِمَة لَم يُنتَقَض عَهدُهُ) لِأَنَّ الغَايَةَ الَّتِي يَنتَهِي بِهَا القِتَالُ التِزَامُ الجِزيَةِ لَا أَدَاؤُهَا وَالِالتِزَامُ بَاق. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: سَبُّ النَّبِيِّ ﷺ يَكُونُ نَقضًا؛ لِأَنَّهُ يَنقُضُ إِيمَانَهُ فَكَذَا يَنقُضُ أَمَانَهُ، إذ عَقدُ الذِّمَّةِ خَلَفٌ عَنهُ.

وَلَنَا: أَنَّ سَبَّ النَّبِيِّ ﷺ كُفرٌ مِنهُ، وَالكُفرُ المُقَارِنُ لَا يَمنَعُهُ فَالطَّارِئُ لَا يَرفَعُهُ.

قَالَ: (وَلَا يُنقَضُ العَهدُ إِلَّا أَن يَلحَقَ بِدَارِ الحَربِ، أَو يَغلِبُوا عَلَى مَوضِع فَيُحَارِبُونَنَا)؛ لِأَنَّهُم صَارُوا حَربًا عَلَينَا فَيُعَرَّى عَقدُ الذِّمَّةِ عَن الفَائِدَةِ وَهُوَ دَفعُ شَرِّ الحِرَابِ.

قوله: (ينقض إيمانه)، يعني على تقدير أنه لو كان مسلما **(فينقض أمانه)**؛ لأن عقد الذمة خلف عن الإيمان في إفادة الأمان؛ فما ينقض الأصل ينقض الخلف الأدنى بطريق الأولى.

وروى أبو يوسف عن حصين بن عبد الله عن ابن عمر أن رجلا قال له: سمعت راهبا سب النبي ﷺ فقال: لو سمعته لقتلته إنا لم نعطهم العهد على هذا.

قوله: (فالطارئ)؛ أي الكفر الطارئ **(لا يرفع)** مع أن المنع أسهل من الرفع، وقد روي عن عائشة أنها قالت: إن رهطا من اليهود دخلوا على النبي ﷺ فقال السام عليك: فقال عليه السلام: «**وعليكُمْ**» فقالت عائشة فقلت: لا بل عليكم فقال عليه السلام: «**يا عائِشَة إنّ اللهَ تَعالَى يُحبُّ الرِّفقَ في الأمرِ كُلِّه**» فقالت ألم تسمع ما قالوا؟ قال عليه السلام قلت: «**وعَلَيْكُم**»(١).

ومعلوم أنه لو كان من مسلم يصير به مرتدًّا ولم يقتلهم [٢/٢٦/ب] [وقصة اليهودية والشاة المسمومة معروفة، ولا خلاف أن هذا إن صدر من المسلم يصير مرتدًّا مستحقًّا للقتل](٢)، ولم يقتلها النبي عليه السلام فعلم أن سبه عليه السلام منهم ليس بموجب للقتل، وحديث ابن عمر إسناده ضعيف، وجائز أن يكون شرط عليهم ألا يظهروا سبه عليه السلام.

---

(١) أخرجه البخاري (٨/ ١٢ رقم ٦٠٢٤)، ومسلم (٤/ ١٧٠٦ رقم ٢١٦٥) من حديث عائشة رضي الله عنها.

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(وَإِذَا نَقَضَ الذِّمِّيُّ العَهدَ فَهُوَ بِمَنزِلَةِ المُرتَدِّ) مَعنَاهُ: فِي الحُكمِ بِمَوتِهِ بِاللَّحَاقِ؛ لِأَنَّهُ التَحَقَ بِالأَموَاتِ، وَكَذَا فِي حُكمِ مَا حَمَلَهُ مِن مَالِهِ، إِلَّا أَنَّهُ لَو أُسِرَ يُستَرَقُّ بِخِلَافِ المُرتَدِّ.

فَصْلٌ: [نَصَارَى بَنِي تَغْلِبٍ يُؤْخَذُ مِنْ أَمْوَالِهِمْ ضِعْفَ مَا يُؤْخَذُ من المُسْلِمِينَ مِنَ الزَّكَاةِ]

قوله: **(فهو بمنزلة المرتد)**، يعني إذا تاب ورجع يقتل، وإذا لحق بدار الحرب التحق بالأموات.

وعند الشافعي بعد انتقاض عهده؛ الإمام مخير بين استرقاقه وقتله والمن والفداء؛ لأنه كافر حربي، لا أمان كالحربي فلو أسلم قبل أن يختار الإمام شيئًا؛ لا يجوز استرقاقه بخلاف الأسير؛ لأنه لم يحصل في يد الإمام بالقهر فخفف أمره كذا في شرح الوجيز، وبقوله قال أحمد، ولا يبطل أمان ذريته بنقض عهده بلا خلاف، وفي كل موضع لا ينتقض أمانه به يقيم [عليه][1] حد أو قصاص بلا خلاف.

قوله: **(وكذا في حكم ما حمله)**، يعني بعد نقض العهد لو لحق بدار الحرب فعاد إلى دار الإسلام، وأخذ من ماله وأدخله دار الحرب، ثم ظهر عليها فالورثة أحق به قبل القسمة مجانا، وبعدها بالقيمة؛ لأن الملك للورثة بعد اللحاق فإن عاد الحكم باللحاق في رواية: يكون فيئاً، وفي رواية لا.

قوله: **(بخلاف المرتد)** بألا يسترق؛ بل يقتل إن أصر على الارتداد، وكذا يجوز وضع الجزية على الذمّي نقض العهد ولحق بدار الحرب بخلاف المرتد، وهذا لأن تقريره على كفره جائز، وقتله غير لازم؛ لأنه التزم أحكام الإسلام لا الإسلام بالذمة؛ فلا بأس بأن يعود إلى الذمة.

فصل

ذكر أحكام نصارى بني تغلب بفصل على حدة؛ لما أن حكمهم مخالف لحكم سائر النصارى.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(وَنَصَارَى بَنِي تَغلِبَ يُؤخَذُ مِن أَموَالِهِم ضِعفُ مَا يُؤخَذُ مِن المُسلِمِينَ مِن الزَّكَاةِ)؛ لِأَنَّ عُمَرَ رضي الله عنه صَالَحَهُم عَلَى ذَلِكَ بِمَحضَر مِن الصَّحَابَةِ (وَيُؤخَذُ مِن نِسَائِهِم وَلَا يُؤخَذُ مِن صِبيَانِهِم) لِأَنَّ الصُّلحَ وَقَعَ عَلَى الصَّدَقَةِ المُضَاعَفَةِ، وَالصَّدَقَةُ تَجِبُ عَلَيهِنَّ دُونَ الصِّبيَانِ فَكَذَا المُضَاعَفُ. وَقَالَ زُفَرُ رحمه الله: لَا يُؤخَذُ مِن نِسَائِهِم أَيضًا(*)، وَهُوَ قَولُ الشَّافِعِيِّ؛ لِأَنَّهُ جِزيَةٌ فِي الحَقِيقَةِ عَلَى مَا قَالَ عُمَرُ: هَذِهِ جِزيَةٌ فَسَمُّوهَا مَا شِئتُم، وَلِهَذَا تُصرَفُ مَصَارِفَ الجِزيَةِ وَلَا جِزيَةَ عَلَى النِّسوَانِ.

بنو تغلب بن وائل من العرب من ربيعة بن نزار، انتقلوا من الجاهلية إلى النصرانية فدعاهم عمر رضي الله عنه إلى بذل الجزية فأَبَوا وأنِفُوا وقالوا: نحن عرب خذ منا كما يأخذ بعضكم من بعض الصدقة فقال: لا آخذ من مشرك صدقة فلحق بعضهم بالروم فقال النعمان بن زرعة: يا أمير المؤمنين إن القوم لهم بأس شديد، وهم عرب يأنفون من الجزية؛ فلا تعن عليك عدوك بهم، وخذ منهم الجزية باسم الصدقة فبعث عمر رضي الله عنه في طلبهم وضعّف عليهم؛ فأجمع الصحابة على ذلك، وقال به الفقهاء.

ثم اختلفوا في هذا الواجب جزية حتى لا تؤخذ من نسائهم وصبيانهم؛ لأنه جزية في الحقيقة إذ الواجب[1] عليهم الجزية لا الصدقة بالكتاب؛ فإذا صالحوهم على شيء جعل واقعا مما استحق يؤيده [قول][2] عمر رضي الله عنه: هذه جزية سمّوها ما شئتم.

وقال أصحابنا وأحمد: هو واجب بشرائط الزكاة، ولهذا يعتبر الشافعي النصاب فيه، والصلح وقع على تضعيف الزكاة، ومن قضية التضعيف؛ أن يعم مواضع الصدقة ولا تتبدل الشروط والأسباب؛ فجعل الواجب في حقهم لشرائط إذ الصلح وقع على ذلك، والمرأة من أهلها فيجب عليها، ولا يجب على الصبيان والمجانين لعدم وجوب الزكاة في حقهم عندنا، وعند أحمد تجب عليهما كالزكاة.

(*) الراجح: قول الجمهور.
(١) في الأصل: (الحواجب)، والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

وَلَنَا: أَنَّهُ مَالٌ وَجَبَ بِهِ الصُّلحُ، وَالمَرأَةُ مِن أَهلِ وُجُوبِ مِثلِهِ عَلَيهَا وَالمَصرِفُ مَصَالِحُ المُسلِمِينَ؛ لِأَنَّهُ مَالُ بَيتِ المَالِ، وَذَلِكَ لَا يَختَصُّ بِالجِزيَةِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يُرَاعَى فِيهِ شَرَائِطُهَا (وَيُوضَعُ عَلَى مَولَى التَّغلِبِيِّ الخَرَاجُ) أَي الجِزيَةُ (وَخَرَاجُ الأَرضِ بِمَنزِلَةِ مَولَى القُرَشِيِّ) وَقَالَ زُفَرُ: يُضَاعَفُ لِقَولِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «إِنَّ مَولَى القَومِ مِنهُم»؛ أَلَا تَرَى أَنَّ مَولَى الهَاشِمِيِّ يَلحَقُ بِهِ فِي حَقِّ حُرمَةِ الصَّدَقَةِ(*).

وَلَنَا: أَنَّ هَذَا تَخفِيفٌ، وَالمَولَى لَا يَلحَقُ بِالأَصلِ فِيهِ، وَلِهَذَا تُوضَعُ الجِزيَةُ عَلَى مَولَى المُسلِمِ إِذَا كَانَ نَصرَانِيًّا، بِخِلَافِ حُرمَةِ الصَّدَقَةِ، لِأَنَّ الحُرُمَاتِ تَثبُتُ بِالشُّبُهَاتِ، فَأُلحِقَ المَولَى بِالهَاشِمِيِّ فِي حَقِّهِ، وَلَا يَلزَمُ مَولَى الغَنِيِّ حَيثُ لَا تَحرُمُ

قوله: (وجوب مثله)؛ أي مثل مال وجب بدل الصلح فيجب عليها.

قوله: (والمصرف مصالح المسلمين)؛ لأن المأخوذ منهم شرائط الجزية؛ من الأخذ بوصف الصغار، وغيره من [عدم][1] القبول من يد النائب، والإعطاء قائما والقابض قاعدا، وأخذ التلبيب[2] والهز.

قوله: (على مولى التغلبي)؛ أي معتقه.

قوله: (بمنزلة مولى القرشي) يعني لا تؤخذ الجزية والخراج من القرشي، وتؤخذ من مولاه فكذا هاهنا، ولا خلاف لغير زفر من الفقهاء.

قوله: (ولنا أن هذا)؛ أي وضع المضاعفة (تخفيف) لما ذكرنا أنه ليس فيه وصف الصغار، وكان ذلك باختيارهم ورضاهم.

(والمولى لا يلحق بالأصل فيه)؛ أي في التخفيف.

ألا ترى أن الإسلام على أسباب التخفيف، ولو كان المسلم مولى نصراني فوضع عليه الجزية؛ فإذا لم يتعدى التخفيف الثابت للتغلبي أولى كالتخفيف الثابت للقرشي، لا يتعدى إلى مولاه (وألحق مولى الهاشمي) به (في حقه)؛ أي في حق تحريم الصدقة كرامة وتنزيهًا للهاشمي، وأن ينتمي إليه من الأوساخ.

(*) الراجح: قول الجمهور.

(١) في الأصل: (يد) والمثبت عن النسخة الثانية.

(٢) في الأصل: (التثبت) والمثبت من النسخة الثانية.

عَلَيهِ الصَّدَقَةُ، لِأَنَّ الغَنِيَّ مِن أَهلِهَا، وَإِنَّمَا الغِنَى مَانِعٌ وَلَم يُوجَد فِي حَقِّ المَولَى، أَمَّا الهَاشِمِيُّ فَلَيسَ بِأَهل لِهَذِهِ الصِّلَةِ أَصلا، لِأَنَّهُ صِينَ لِشَرَفِهِ وَكَرَامَتِهِ عَن أَوسَاخِ النَّاسِ فَأُلحِقَ بِهِ مَولَاهُ.

قَالَ: (وَمَا جَبَاهُ الإِمَامُ مِن الخَرَاجِ وَمِن أَموَالِ بَنِي تَغلِبَ وَمَا أَهدَاهُ أَهلُ الحَربِ إِلَى الإِمَامِ وَالجِزيَةُ، يُصرَفُ فِي مَصَالِحِ المُسلِمِينَ، كَسَدِّ الثُّغُورِ وَبِنَاءِ القَنَاطِرِ وَالجُسُورِ، وَيُعطَى قُضَاةُ المُسلِمِينَ وَعُمَّالُهُم وَعُلَمَاؤُهُم مِنهُ مَا يَكفِيهِم،

قوله: (لأن الغني من أهلها)؛ أي من أهل الصدقة، وإن كان فيها أوساخ الناس، ولهذا لو كان عاملا وابن السبيل يجوز له أخذ الزكاة بخلاف الهاشمي.

وأما الحديث فغير مجرى على عمومه بالإجماع؛ فإن الهاشمي لا ينزل منزلته في الكفاءة، وهذا مولى القرشي كما بينا فنحمله على معنى التناصر والتعاون أو على تحريم الصدقة [٢/ ٢٧/ أ]؛ لأنه السبب فقد روي أنه عليه السلام استعمل أرقم بن أرقم على الصدقات فاستتبع أبا رافع مولى رسول الله ﷺ فقال عليه السلام: «**إنّ الصّدَقَةَ لا تَحِلُّ لمُحمّدٍ ولا لآلِ مُحمّدٍ وإنّ مولَى القومِ مِنهُم**»[١].

قال شمس الأئمة: القياس في الكل سواء، إلا أن الحديث ورد في تحريم الصدقة على خلاف القياس فيقتصر عليه، وهذا ليس في معنى ما ورد به النص؛ لأن ذلك كان لإظهار فضيلة قرابة النبي عليه السلام في إلحاق مولاهم به، ومولى التغلبي ليس من ذلك من شيء.

قوله: (القناطر والجسور) في المبسوط[٢]: الجسر ما يوضع ويرفع، والقنطرة ما يحكم بناؤه فلا يرفع، ولا تخمّس الجزية والخراج عندنا، وبه قال مالك وأحمد والشافعي في القديم، وقال في الجديد: تخمس وقد مر.

---

(١) تقدم تخريجه قريبا.
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٣/ ١٧٩).

وَيُدفَعُ مِنهُ أَرزَاقُ المُقَاتِلَةِ وَذَرَارِيِّهِم)؛ لِأَنَّهُ مَالُ بَيتِ المَالِ، فَإِنَّهُ وَصَلَ إِلَى المُسلِمِينَ مِن غَيرِ قِتَال وَهُوَ مُعَدٌّ لِمَصَالِحِ المُسلِمِينَ وَهَؤُلَاءِ عَمَلَتُهُم وَنَفَقَةُ الذَّرَارِيِّ عَلَى الآبَاءِ، فَلَو لَم يُعطَوا كِفَايَتَهُم لَاحتَاجُوا إِلَى الِاكتِسَابِ فَلَا يَتَفَرَّغُونَ لِلقِتَالِ (وَمَن مَاتَ فِي نِصفِ السَّنَةِ فَلَا شَيءَ لَهُ مِن العَطَاءِ) لِأَنَّهُ نَوعُ صِلَة وَلَيسَ بِدَين؛ وَلِهَذَا سُمِّيَ عَطَاء فَلَا يُملَكُ قَبلَ القَبضِ وَيَسقُطُ بِالمَوتِ، وَأَهلُ العَطَاءِ فِي زَمَانِنَا مِثلُ القَاضِي وَالمُدَرِّسِ وَالمُفتِي، وَاَللَّهُ أَعلَمُ.

قوله: (في نصف السنة فلا شيء له من العطاء) والعطاء: ما يكتب به للغزاة في الديوان، ولكل من قام بأمر الدين، وكذا إذا مات في آخر السنة لا يستحق العطاء، ولكن يستحب صرفه فيما إذا مات في آخر السنة إلى قريبه؛ لأنه قد أوفى غناه؛ فيستحب صرفه إلى قريبه؛ لأنه أقرب إلى الوفاة.

ثم قيل: رزق القاضي ومن في معناه في آخر السنة يعطى، ولو أخذ في أولها ثم عزل أو مات قبل مضيها.

قيل: يجب رد ما بقي من السنة. وقيل: على قياس نفقة المرأة لم يجب.

وقال محمد: أحب إليّ رد الباقي كما لو عجل لها نفقة لتزوجها فمات قبل التزوج لعدم حصول المقصود.

وعندهما؛ أنها صلة من وجه فينقطع الاسترداد بالموت كالرجوع في الهبة، ذكره في جامِعَي قاضي خان والتمرتاشي.

قوله: (وأهل العطاء في زماننا) إنما قال ذلك؛ لأنه في الابتداء كان يعطى لكل من كان له ضرب مزية في الإسلام؛ كأزواج النبي عليه السلام وأولاد المهاجرين والأنصار.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

كتاب أَحكَامِ المُرتَدِّينَ عن الإسلام

قَالَ: (وَإِذَا ارتَدَّ المُسلِمُ عَنِ الإِسلَامِ وَالعِيَاذُ بِاللَّهِ عُرِضَ عَلَيهِ الإِسلَامُ، فَإِن كَانَت لَهُ شُبهَةٌ كُشِفَت عَنهُ) لِأَنَّهُ عَسَاهُ اعتَرَتهُ شُبهَةٌ فَتُزَاحُ، وَفِيهِ دَفعُ شَرِّهِ بِأَحسَنِ الأَمرَينِ، إِلَّا أَنَّ العَرضَ عَلَى مَا قَالُوا غَيرُ وَاجِب؛ لِأَنَّ الدَّعوَةَ بَلَغَتهُ. قَالَ: ....

كتاب أحكام المرتدين عن الإسلام

لما ذكر أحكام الكفر الأصلي شرع في بيان أحكام الكفر العارضي.

(المرتد) هو الراجع عن دين الإسلام إلى الكفر، قال تعالى: ﴿وَمَن يَرْتَدِدْ مِنكُمْ عَن دِينِهِۦ﴾ [البقرة:٢١٧] الآية، وأجمع أهل العلم على وجوب قتل المرتد إذا لم يتب(١).

قوله: (على ما قالوا) أي المشايخ؛ لأنه كافر بلغته الدعوة وتجديد الدعوة في حقه مستحب وبه قال الشافعي في قول(٢) ومالك(٣)، وأحمد(٤).

وقال في قول يجب(٥)، وبه قال أحمد لما روي أنه عليه السلام أمر أن يستتاب(٦) ومطلق الأمر للوجوب(٧).

---

(١) انظر: الإشراف لابن المنذر (٨/ ٧٨)، والإقناع في مسائل الإجماع لابن القطان (١/ ٣٥٦).

(٢) انظر: الحاوي الكبير للماوردي (١٣/ ١٥٩)، والبيان للعمراني (١٢/ ٤٦).

(٣) انظر: البيان والتحصيل لابن رشد (١٦/ ٣٩٢)، والاستذكار لابن عبد البر (٧/ ١٥٥).

(٤) انظر: المغني لابن قدامة (٩/ ٤)، ودقائق أولي النهي للبهوتي (٣/ ٣٩٦).

(٥) انظر: المجموع (١٩/ ٢٢٩)، والحاوي الكبير للماوردي (١٣/ ١٥٩).

(٦) أخرجه الدارقطني (٤/ ١٢٨ رقم ٣٢١٤).
قال البيهقي: وروي من وجه آخر ضعيف عن الزهري، عن عروة، عن عائشة رضي الله عنها. السنن الكبرى (٨/ ٢٣٠).

(٧) انظر: المغني لابن قدامة (٩/ ٤).

(وَيُحبَسُ ثَلَاثَةَ أَيَّام، فَإِن أَسلَمَ وَإِلَّا قُتِلَ. وَفِي «الجَامِعِ الصَّغِيرِ»: المُرتَدُّ يُعرَضُ عَلَيهِ الإِسلَامُ، حرًّا كانَ أوْ عبدًا، فَإِن أَبَى قُتِلَ) وَتَأوِيلُ الأَوَّلِ: أَنَّهُ يَستَمهِلُ فَيُمهَلُ ثَلَاثَةَ أَيَّام، لِأَنَّهَا مُدَّةٌ ضُرِبَت لِإِبلَاءِ الأَعذَارِ ....

وقلنا: قوله عليه السلام: «**من بدّلَ دينَهُ فاقْتلُوهُ**[1]» ولم يذكر استتابته، وروي أن معاذا قتله قبل الاستتابة، ولأنه كافر بلغته الدعوة كما ذكرنا وأمره يجوز أن يكون بطريق الاستحباب.

قوله: (**تأويل الأول**) وهو قوله: (**يحبس ثلاثة أيام**).

قوله[2]: (يستمهل) أي يطلب المهلة يمهل ثلاثة أيام أما إذا لم يطلب؛ فالظاهر أنه متعنت في ذلك فلا بأس بقتله إلا أنه يستحب أن يستتاب، كما ذكرنا أنه كافر بلغته الدعوة.

وفي الكافي: يقتل من ساعته في ظاهر الرواية[3]. وفي النوادر عن أبي حنيفة وأبي يوسف: يستحب للإمام أن يؤجله ثلاثة أيام طلب أو لم يطلب[4].

قوله: (ضربت **لإبلاء الأعذار**) كما في شرط الخيار وقصة موسى عليه السلام والعبد الصالح.

فإن قيل: لا مدخل للرأي في التقديرات.

قلنا: هذا إثبات الحكم بالدلالة لا بالقياس فأورد النص في خيار البيع بثلاثة أيام للتأمل في اختيار الجيد، وهاهنا أيضًا للتأمل.

ومدة الاستتابة ثلاثة أيام عندنا[5]، ومالك[6] وأحمد[7] والشافعي في

---

(١) أخرجه البخاري (٤/ ٦١ رقم ٣٠١٧) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.
(٢) بعدها في الأصل: (وأمره)، وليس لها وجه، والمثبت من النسخة الثانية، والثالثة.
(٣) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (١٠/ ٩٩)، وتبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٣ / ٢٨٤).
(٤) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (١٠/ ٩٩)، وتبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٣ / ٢٨٤).
(٥) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٣/ ٢٨٤)، المبسوط (١٠/ ٩٩)، والعناية شرح الهداية للبابرتي (٦/ ٦٩).
(٦) انظر: النوادر والزيادات عبد الله بن عبد الرحمن القيرواني (١/ ٤٨٦)، والبيان والتحصيل لابن رشد (١٦/ ٣٧٩).
(٧) انظر: المغني لابن قدامة (٩/ ٥)، وشرح مختصر الخرقي للزركشي (٦ / ٢٣٢)، والإنصاف للمرداوي (١٠/ ٣٢٨).

....

قول[١]، وفي أصح قوليه إن تاب في الحال وإلا قتل[٢]، لحديث معاذ، وقوله عليه السلام: «**مَنْ بدَّلَ دينَهُ فاقْتلُوهُ**»[٣] وهو اختيار ابن المنذر[٤].

وعن علي أنه يستتاب شهرا[٥]. وقال الثوري: يستتاب ما رجي عوده[٦].

وقال الزهري[٧]: يُدعَى ثلاثاً، فإن أبى قتل[٨]. وقال النخعي: يستتاب أبدًا[٩]، وهذا يقتضي ألا يقتل أبدًا، وهو مخالف للسنة والإجماع[١٠].

ولنا ما روى أن رجلا من قِبَل أبي موسى قدم [على][١١] عمر فقال له: هل معك خبر؟ قال: نعم رجل كبير كفر بعد إسلامه. قال ما فعلتم به. قال: ضربنا عنقه. قال عمر رضي الله عنه: فهلا حبستموه ثلاثا، وأطعمتوه كل يوم رغيفا واستتبتموه لعله يتوب. فقال عمر: إني لم أحضر أو لم آمر أو لم أرضَ[١٢].

وفي المبسوط[١٣]: وإن ارتد ثانيًا وثالثًا يستتاب وبه قال أكثر [أهل][١٤] العلم لقوله تعالى: ﴿فَإِن تَابُوا۟ وَأَقَامُوا۟ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتَوُا۟ ٱلزَّكَوٰةَ فَخَلُّوا۟ سَبِيلَهُمْ﴾ [التوبة: ٥].

---

(١) انظر: الأم للشافعي (١/ ٢٩٥)، والحاوي الكبير للماوردي (١٣/ ١٥٩).
(٢) انظر: الأم للشافعي (١/ ٢٩٥)، الحاوي الكبير للماوردي (١٣/ ١٥٩).
(٣) تقدم تخريجه قريبا.
(٤) انظر: الإشراف لابن المنذر (٨/ ٥٥).
(٥) التمهيد لابن عبد البر (٥/ ٣٠٩)، الإشراف لابن المنذر (٨/ ٥٤).
(٦) حلية العلماء للشاشي (٧/ ٦٢٥).
(٧) في الأصل: (الثوري)، والمثبت هو الصواب الموافق لما في النسخة الثانية ومصادر التخريج.
(٨) أخرجه ابن وهب في كتاب المحاربة من موطأ ابن وهب (ص:٢٣، رقم ٩٢)، وعبد الرزاق في المصنف (١٠/ ١٦٤، رقم ١٨٦٩٣).
(٩) أخرجه ابن وهب في كتاب المحاربة من موطأ ابن وهب (ص:٢٣، رقم: ٩٢)، وعبد الرزاق في المصنف (١٠/ ١٦٦، رقم ١٨٦٩٧)، والبيهقي في السنن الكبرى (٨/ ١٩٧، رقم ١٧٢٨٤).
(١٠) انظر: الإقناع في مسائل الإجماع لابن القطان (١/ ٣٥٥).
(١١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(١٢) أخرجه الشافعي في المسند (٣/ ٢٩١، رقم ١٦٠٨) ترتيب سنجر، والبيهقي في السنن الكبرى (٨/ ٢٠٦، رقم ١٧٣٤١).
(١٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٠/ ٩٩).
(١٤) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

....

وعن ابن عمر وعلي: لا تقبل من كرر ردته كالزنديق. وبه قال مالك[١] وأحمد[٢] والليث[٣]، [٢/ ٢٧/ ب] لقوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ثُمَّ كَفَرُواْ ثُمَّ ءَامَنُواْ ثُمَّ كَفَرُواْ ثُمَّ ٱزْدَادُواْ كُفْرًا لَّمْ يَكُنِ ٱللَّهُ لِيَغْفِرَ لَهُمْ﴾ [النساء: ١٣٧].

وفي الزنديق لنا روايتان[٤]: في رواية لا تقبل توبته كقول مالك[٥] وأحمد[٦]، وفي رواية تقبل كقول الشافعي[٧].

والخلاف في حق أحكام الدنيا في ترك القتل، أما يقبل في الباطن؛ أي بينه وبين الله بلا خلاف قال تعالى في المنافقين ﴿إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُواْ وَأَصْلَحُواْ﴾ إلى قوله ﴿فَأُوْلَٰٓئِكَ مَعَ ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾ [النساء:١٤٦] الآية.

وقلنا: الآية في حق من ازداد كفرا لا في حق من آمن وأظهر التوبة، وإن كان في الرابعة لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقُولُواْ لِمَنْ أَلْقَىٰٓ إِلَيْكُمُ ٱلسَّلَٰمَ لَسْتَ مُؤْمِنًا﴾ [النساء:٩٤]، وقال تعالى: ﴿قُل لِّلَّذِينَ كَفَرُوٓاْ إِن يَنتَهُواْ يُغْفَرْ لَهُم مَّا قَدْ سَلَفَ﴾ [الأنفال:٣٨].

وعن أبي يوسف رضي الله عنه: لو فعل ذلك مرارا يقتل غيلة[٨][٩]، وهو أن ينتظر فإذا أظهر كلمة الشرك يقتل قبل أن يستتاب؛ لأنه ظهر منه الاستخفاف، وقتل الكافر الذي بلغته الدعوة قبل الاستتابة جائز.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات (١٤/ ٥١٩)، البيان والتحصيل لابن رشد (١٦/ ٣٩١)، والذخيرة للقرافي (١٢/ ٣٧).

(٢) انظر: الشرح الكبير لعبد الرحمن بن محمد بن قدامة (١٠/ ٨٩)، وشرح الزركشي (٣/ ٨٥)، والإنصاف للمرداوي (١٠/ ٣٣٢).

(٣) انظر: الإشراف لابن المنذر (٨ / ٦٤).

(٤) انظر: التجريد للقدوري (١١/ ٥٨٤٧)، تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٣/ ٢٨٤).

(٥) النوادر والزيادات لعبد الله بن عبد الرحمن القيرواني (٢/ ١٤)، البيان والتحصيل لابن رشد (١٦/ ٤٠٩).

(٦) الإنصاف للمردواي (١٠/ ٣٣٢)، المغني لابن قدامة (٩/ ٦).

(٧) انظر: الحاوي الكبير(١٣/ ١٥٢)، والبيان للعمراني (١٢/ ٤٩).

(٨) انظر: فتح القدير لابن الهمام (٦/ ٧١)، والمبسوط للسرخسي (١٠ / ١٠٠).

(٩) الغيلة: هو القتل عمدا وعدوانا على وجه الحيلة والخداع، أو على وجه يأمن معه المقتول من عائلة القاتل. لسان العرب (١١/ ٥١٢).

وَعَن أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ يُستَحَبُّ أَن يُؤَجِّلَهُ ثَلَاثَةَ أَيَّام طَلَبَ ذَلِكَ أَو لَم يَطلُب. وَعَن الشَّافِعِيِّ: أَنَّ عَلَى الإِمَامِ أَن يُؤَجِّلَهُ ثَلَاثَةَ أَيَّام، وَلَا يَحِلُّ لَهُ أَن يَقتُلَهُ قَبلَ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ ارتِدَادَ المُسلِمِ يَكُونُ عَن شُبهَة ظَاهِرًا فَلَا بُدَّ مِن مُدَّة يُمكِنُهُ التَّأَمُّلُ فَقَدَّرنَاهَا بِالثَّلَاثَةِ. وَلَنَا: قَوله تَعَالَى: ﴿فَٱقۡتُلُواْ ٱلۡمُشۡرِكِينَ﴾ [التوبة: ٥] مِن غَيرِ قَيدِ الإِمهَالِ، وَكَذَا قَولُهُ عَلَيهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَن بَدَّلَ دِينَهُ فَاقتُلُوهُ» وَلِأَنَّهُ كَافِرٌ حَربِيٌّ بَلَغَتهُ الدَّعوَةُ فَيُقتَلُ لِلحَالِ مِن غَيرِ استِمهَال، وَهَذَا؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ تَأخِيرُ الوَاجِبِ لِأَمر مَوهُوم، وَلَا فَرقَ بَينَ الحُرِّ وَالعَبدِ لِإِطلَاقِ الدَّلَائِلِ.

وَكَيفِيَّةُ تَوبَتِهِ: أَن يَتَبَرَّأَ عَن الأَديَانِ كُلِّهَا سِوَى الإِسلَامِ؛ لِأَنَّهُ لَا دِينَ لَهُ، وَلَو تَبَرَّأَ عَمَّا انتَقَلَ إِلَيهِ كَفَاهُ لِحُصُولِ المَقصُودِ.

قَالَ: (فَإِن قَتَلَهُ قَاتِلٌ قَبلَ عَرضِ الإِسلَام عَلَيهِ كُرِهَ، وَلَا شَيءَ عَلَى القَاتِلِ) وَمَعنَى الكَرَاهِيَةِ هَاهُنَا تَركُ المُستَحَبِّ وَانتِفَاءُ الضَّمَانِ؛ لِأَنَّ الكُفرَ مُبِيحٌ لِلقَتلِ، وَالعَرضُ بَعدَ بُلُوغِ الدَّعوَةِ غَيرُ وَاجِب.

قوله: (ولأنه كافر حربي)؛ لأنه ليس بذمي ولا مستأمن، إذ لا تقبل الجزية منه وما طلب الأمان فكان حربيا فيقتل لإطلاق النص.

قوله: (أن يتبرأ...) إلى آخره ولكن بعد إتيانه بكلمة الشهادة ذكره في الإيضاح[١]، وفي المنية: وهو أن يقول: تبت ورجعت إلى دين الإسلام، وأنا بريء من كل دين سوى دين الإسلام، والإقرار بالبعث والنشور مستحب[٢]، وبه قالت الأئمة الثلاثة[٣].

وفي الكافي: (لو تبرأ عما انتقل إليه كفاه لحصول المقصود)[٤].

قوله: (ومعنى الكراهة؛ ترك المستحب)؛ لأن في القتل تفويت العرض المستحب، وعند من قال بوجوب العرض يحرم قتله.

---

(١) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٣/ ٢٨٤)، والنهر الفائق لعمر ابن نجيم (٣/ ٢٥٥).

(٢) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٣/ ٢٨٤)، فتح القدير لابن الهمام (٦/ ٧٠).

(٣) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٣/ ٢٨٤)، فتح القدير لابن الهمام (٦/ ٧٠)، والبناية شرح الهداية للعيني (٧/ ٢٧٠).

(٤) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (١٠/ ٩٩).

(وَأَمَّا الْمُرْتَدَّةُ فَلَا تُقتَلُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تُقتَلُ لِمَا رَوَينَا؛ وَلِأَنَّ رِدَّةَ الرَّجُلِ مُبِيحَةٌ لِلقَتلِ مِن حَيثُ إِنَّهُ جِنَايَةٌ مُتَغَلِّظَةٌ، فَتُنَاطُ بِهَا عُقُوبَةٌ مُتَغَلِّظَةٌ وَرِدَّةُ المَرأَةِ تُشَارِكُهَا فِيهَا فَتُشَارِكُهَا فِي مُوجِبِهَا.

قوله: **(والمرتدة لا تقتل)** أما لو قتلها قاتل لم يجب عليه شيء سواء كانت حرة أو أمة ذكره في المبسوط[١].

وقال الشافعي[٢]: تقتل وبه قال مالك[٣]، وأحمد[٤]، والليث والزهري والنخعي والأوزاعي ومكحول وحماد، وإسحاق[٥]؛ لما روينا وهو قوله عليه السلام: «**من بدل دينه فاقتلوه**» رواه البخاري وأبو داود[٦].

و(من) تعم الرجال والنساء. ولقوله عليه السلام: «**لا يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسلم إلّا بإحدَى ثلاثٍ...**» الحديث متفق عليه[٧]، وروى الدارقطني أن امرأةً يقال لها: أم مروان ارتدت فأمر عليه السلام أن تستتاب فإن تابت وإلا قتلت[٨].

قوله: **(تشاركها)** أي ردة الرجل **(فيها)** أي في التغلظ إذ الإنكار بعد الإقرار أغلظ من الإصرار في الابتداء على الإنكار، وإذا شاركتها شاركتها **(في موجبها)** وهو القتل كالزنا مع الإحصان.

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي (١٠/ ١١٢).

(٢) انظر: البيان للعمراني (١٢/ ٤٤)، والحاوي الكبير للماوردي (١٣/ ١٥٥).

(٣) انظر: البيان والتحصيل لابن رشد (١٦/ ٣٩٢)، الذخيرة للقرافي (١٢/ ٤٠).

(٤) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٥٦٥)، والشرح الكبير لعبد الرحمن بن قدامة (١٠/ ١٠١)، والإنصاف للمرداوي (١٠/ ٣٢٨).

(٥) انظر: اختلاف الفقهاء للمروزي (ص: ٣٠٥)، ومختصر اختلاف العلماء للطحاوي (٣/ ٤٧١).

(٦) تقدم تخريجه قريبًا.

(٧) أخرجه البخاري (٩/ ٥ رقم ٦٨٧٨)، ومسلم (٣/ ١٣٠٢ رقم ١٦٧٦) من حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه.

(٨) أخرجه الدارقطني (٤/ ١٢٨ رقم ٣٢١٤)، والبيهقي في السنن الكبرى (٨/ ٢٠٣ رقم ١٧٣١٨) من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما.
قال ابن حجر: إسناداهما ضعيفان. التلخيص الحبير (٤/ ١٣٦).

وَلَنَا: «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَن قَتلِ النِّسَاءِ»، ....

قوله: (ولنا أنه عليه السلام نهى عن قتل النساء) فقال: «**لا تقتُلوا امرأةً**»[١]، ولم يفصل بين المرتدة والكافرة الأصلية؛ لأنها متى لا تقتل بالكفر الأصلي فبالطارئ بالطريق الأولى كالصبي، ولأن الأصل تأخير الأجزية إلى دار الآخرة، إذ تعجيلها يخل بمعنى الابتلاء، وما عجل في الدنيا سياسة شرعت لمصالح العود إلينا؛ كالقصاص وحد القذف والسرقة، وشرب الخمر؛ لصيانة النفوس والأعراض والأنساب والأموال والعقول.

وإنما عدل عنه في الرجل لدفع شر ناجز وهو الحراب، وهو معدوم في المرأة إذ بنيتها لا تصلح للحراب، توضيحه أن فعل المرتد لا باعتبار الجزاء على الردة؛ بل هو مستحق باعتبار الإصرار على الكفر المفضي إلى الحراب، ولهذا لو أسلم سقط لانعدام الإصرار، وما كان استحقاقه بطريق الجزاء لا يسقط بالتوبة كالحدود؛ فإنها لا تسقط بالتوبة بعد ثبوت أسبابها؛ فعلم أن قتل المرتد لدفع الحراب.

وأما قوله عليه السلام: «**مَن بَدَّلَ دِينَهُ فاقْتُلوهُ**»[٢] عام مخصوص، بدليل أن الكافر بالإسلام لا يقتل مع أنه بدل دينه، ولهذا لم يقتل أبو بكر رضي الله عنه نساء بني حنيفة، والمرتدة تسترق عندنا إذا لحقت بدار الحرب ذكره في الأسرار[٣].

ولهذا استرق أبو بكر نساء بني حنيفة، وأعطى عليًّا منهم امرأة فولدت له محمد بن الحنفية، وكان ذلك بمحضر من الصحابة فكان إجماعا على عدم قتلها[٤]، وعند الحسن البصري وقتادة؛ تسترق[٥]، و[إن][٦] لم تلحق بدار الحرب.

---

(١) جزء من حديث أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٩/ ٩٠، رقم ١٨٦١٩) عن علي مرفوعا، وقال البيهقي: فى هذا الإسناد إرسال وضعف، وهو بشواهده مع ما فيه من الآثار يقوى.

(٢) تقدم تخريجه قريبا.

(٣) انظر: بدائع الصنائع للكاساني (٧/ ١٣٩)، وتبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٣/ ٢٩١).

(٤) انظر: المغني لابن قدامة (٩/ ٣).

(٥) انظر: الإشراف لابن المنذر (٨/ ٥٦).

(٦) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

....

قال شمس الأئمة: ما دامت في دار الإسلام لا تسترقّ في ظاهر الرواية[(١)]، وفي النوادر: عن أبي حنيفة أنها تسترقّ[(٢)].

قال الترجماني: لو كان الزوج عالما استولى عليها فتكون فيئا للمسلمين، ثم يشتريها من الإمام، ويصرفها الإمام إليه إن كان مصرفا فلو أفتى [٢/ ٢٨/أ] مفتي بهذه الرواية حسمًا لهذا الأمر لا بأس به[(٣)].

قال صاحب القنية: وفي زماننا بعد فتنة التتر العامة، صارت هذه الولايات التي غلبوا عليها وأجروا أحكامهم فيها، كخوارزم[(٤)] وما وراء النهر وخراسان[(٥)] ونحوها، صارت دار الحرب في الظاهر؛ فلو استولى عليها الزوج بعد الردة تملكها ولا يحتاج إلى شرائها من الإمام؛ فتبقى في يده بحكم الرق حسما لكيد الجهلة، على ما أشار إليه في السير الكبير[(٦)].

وفي شرح الطحاوي: أفتى الدبّوسي والصّفّار وبعض أهل سمرقند، بعدم الفرقة بارتدادها حسما لباب المعصية وتجبر على الإسلام[(٧)].

وعند آخرين لو وقعت الفرقة تجبر على تجديد النكاح، وليس لها أن تتزوج إلا بزوجها، وتعزر خمسة وسبعين[(٨)].

---

(١) انظر: في المبسوط للسرخسي (١٠/ ١١١).

(٢) انظر: السرخسي في المبسوط (١٠/ ١١١)، والبحر الرائق لابن نجيم (٣/ ٢٣٠).

(٣) انظر: رد المحتار (٣/ ١٩٥)، البحر الرائق لابن نجيم (٣/ ٢٣٠).

(٤) الخوارزم: نسبة إلى خوارزم بلد من بلاد خراسان فتحها قتيبة بن مسلم الباهلي وخوارزم تقع اليوم غرب أوزبكستان. ينظر: الروض المعطار للحميري (ص: ٢٢٤).

(٥) خراسان ـ بضم الخاء المعجمة وفتح الراء والسين المهملتين وفي آخرها النون ـ: قرى كبيرة حدها من الشرق سجستان وبلد الهند، ومن الغرب مفازة الغزية ونواحي جرجان، ومن الشمال ما وراء النهر وشيء من بلاد الترك وجنوبها مفازة فارس وقومس إلى نواحي جبال الديلم مع جرجان وطبرستان والري، وإقليم خراسان اليوم يوجد بين عدة دول وهي إيران وتركمانستان وأوزبكستان طاجيكستان، أما مقاطعة خراسان الحالية، فهي التي تقع في الشرق من إيران. الروض المعطار للحميري (ص: ٢١٥)، أطلس العالم (ص: ٢٥).

(٦) انظر: البحر الرائق لابن نجيم (٣/ ٢٣١)، رد المحتار لابن عابدين (٣/ ١٩٦).

(٧) انظر: المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ١٤١ ـ ١٤٢)، وتبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٣/ ١٧٨).

(٨) انظر: الجوهر النيرة لأبي بكر الحدادي (٢/ ٢٤)، البحر الرائق لابن نجيم (٣/ ٣٢٠).

وَلِأَنَّ الأَصلَ تَأخِيرُ الأَجزِيَةِ إِلَى دَارِ الآخِرَةِ، إذ تَعجِيلُهَا يُخِلُّ بِمَعنَى الِابتِلَاءِ، وَإِنَّمَا عُدِلَ عَنهُ دَفعًا لِشَرٍّ نَاجِز وَهُوَ الحِرَابُ، وَلَا يَتَوَجَّهُ ذَلِكَ مِن النِّسَاءِ؛ لِعَدَمِ صَلَاحِيَّةِ البِنيَةِ، بِخِلَافِ الرِّجَالِ فَصَارَت المُرتَدَّةُ كَالأَصلِيَّةِ قَالَ: (وَلَكِن تُحبَسُ حَتَّى تُسلِمَ)؛ لِأَنَّهَا امتَنَعَت عَن إِيفَاءِ حَقِّ اللَّهِ تَعَالَى بَعدَ الإِقرَارِ، فَتُجبَرُ عَلَى إِيفَائِهِ بِالحَبسِ كَمَا فِي حُقُوقِ العِبَادِ («وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ»: وَتُجبَرُ المَرأَةُ عَلَى الإِسلَامِ حُرَّة كَانَت أَو أَمَة، وَالأَمَةُ يُجبِرُهَا مَولَاهَا) أَمَّا الجَبرُ فَلِمَا ذَكَرنَا، وَمِن المَولَى؛ لِمَا فِيهِ مِن الجَمعِ بَينَ الحَقَّينِ، وَيُروَى: تُضرَبُ فِي كُلِّ أَيَّام مُبَالَغَة فِي الحَملِ عَلَى الإِسلَامِ.

قَالَ: (وَيَزُولُ مِلكُ المُرتَدِّ عَن أَموَالِهِ بِرِدَّتِهِ زَوَالًا مُرَاعى، فَإِن أَسلَمَ عَادَت إِلَىٰ

قال قاضي خان[1]: وبهذا يفتى، وعند الأئمة الثلاثة بل تقتل كما قلنا.

قوله: (لما فيه)؛ أي جبر المولى (جمع بين الحقين)، وهو حق المولى من الاستخدام، وحق الشرع وهو الجبر على الإسلام.

وفي الإيضاح: قال أبو حنيفة: إن احتاج المولى إلى خدمتها دفعها القاضي إليه، وأمره أن يجبرها على الإسلام، وأرسل إليها القاضي كل يوم يهددها ويضربها أسواطا حتى تموت أو تسلم. والصحيح أن يدفعها إلى المولى احتاج أو استغنى طلب أم لا؛ لأن الحبس تصرف فيها وذا إلى المولى[2]. وعن الحسن: أن المرتدة تضرب كل يوم تسعة وثلاثين سوطا حتى تموت أو تسلم وكذا في الأمة[3].

قوله: (زوالًا مراعًى) أي محفوظا موقوفا حتى يتبين حاله وبه قال الشافعي في الأصح[4] ومالك[5] وأحمد في رواية[6].

---

(١) انظر: فتاوى قاضي خان (٣/ ٣٦٥).

(٢) انظر: السير الصغير لمحمد بن الحسن (ص: ٢٢)، الآثار لمحمد بن الحسن (٢/ ٥١٤) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٠/ ١١٢).

(٣) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (١٠/ ١١٢)، البناية شرح الهداية للعيني (٧/ ٢٧٣).

(٤) الأم للشافعي (١/ ٢٩٤)، (٦/ ١٧٤)، والحاوي الكبير للماوردي (١٣/ ١٦٠).

(٥) انظر المدونة لابن القاسم (٢/ ٢٢٧)، (٢/ ٥٩٦) والتاج والإكليل (٨/ ٣٧٥)، مختصر خليل (ص: ٢٣٨).

(٦) انظر المغني لابن قدامة (٩/ ٩)، والشرح الكبير لعبد الرحمن بن محمد بن قدامة (١٠/ ٩٦).

حَالِهَا، قَالُوا: هَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَعِندَهُمَا: لَا يَزُولُ مِلكُهُ(*)؛ لِأَنَّهُ مُكَلَّفٌ مُحتَاجٌ، فَإِلَى أَن يُقتَلَ يَبقَى مِلكُهُ كَالمَحكُومِ عَلَيهِ بِالرَّجمِ وَالقِصَاصِ. وَلَهُ: أَنَّهُ حَربِيٌّ مَقهُورٌ تَحتَ أَيدِينَا حَتَّى يُقتَلَ، وَلَا قَتلَ إِلَّا بِالحِرَابِ، وَهَذَا يُوجِبُ زَوَالَ مِلكِهِ وَمَالِكِيَّتِهِ، غَيرَ أَنَّهُ مَدعُوٌّ إِلَى الإِسلَامِ بِالإِجبَارِ عَلَيهِ وَيُرجَى عَودُهُ إِلَيهِ فَتَوَقَّفنَا فِي أَمرِهِ، فَإِن أَسلَمَ جُعِلَ العَارِضُ كَأَن لَم يَكُن فِي حَقِّ هَذَا الحُكمِ، وَصَارَ كَأَن لَم

وعند أبي يوسف ومحمد[١]: لا يزول، وبه قال الشافعي في قول واختاره المزني[٢]، وأحمد في ظاهر روايته[٣].

وقال ابن المنذر[٤]: أكثر أهل العلم على أنه لا يزول بمجرد الردة. **(لأنه مكلف محتاج)**، ولا يتمكن من إقامة التكليف وأثر الردة في إباحة دمه، لا في زوال ملكه كالمقضي عليه بالرجم والقود.

قوله: **(وله)** أي لأبي حنيفة **(أنه)** أي المرتد حربي يعني المالكية عبارة عن القدرة والاستيلاء[٥]، وإنما يكون ذلك باعتبار العصمة، وقد زالت عصمة نفسه بالردة؛ لأنه يصير بها حربيا حتى يقتل؛ فكذا عصمة ماله؛ لأنها تابعة للنفس في العصمة.

وهذا معنى قول المصنف: **(وهذا)** أي كونه حربيا **(يوجب زوال ملكه ومالكيته)**[٦]؛ لأنه مالك حكمًا فصار كالهالك حقيقة وثمة يزول ملكه.

قوله: **(ومالكيته)** بالجر عطفا على ملكه .**(ويرجى عوده إليه)**؛ أي إلى الإسلام لوقوفه على محاسنه فلم يتم سبب الزوال في حق هذا الحكم، وهو

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٣/ ٢٨٥)، والبناية شرح الهداية للعيني (٧/ ٢٧٣).

(٢) انظر: مختصر المزني (٨/ ٣٦٧).

(٣) المغني لابن قدامة (٩/ ٩)، الشرح الكبير لعبد الرحمن بن محمد بن قدامة (١٠/ ٩٦ ـ ٩٧).

(٤) انظر: الأوسط لابن المنذر (١٣/ ٥٠٤)، الإشراف لابن المنذر (٨/ ٦٧)، الإقناع لابن المنذر (٢/ ٥٨٦).

(٥) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (١٠/ ١٠٥)، وتبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٣/ ٢٨٥)

(٦) يظهر الفرق بين الملك والمالكية: بأن الملك يتعلق بالمالك نفسه، وأما المالكية تتعلق بالسلعة نفسها.

يَزَل مُسلِمًا وَلَم يَعمَل السَّبَبُ، وَإِن مَاتَ أَو قُتِلَ عَلَى رِدَّتِهِ أَو لَحِقَ بِدَارِ الحَربِ وَحُكِمَ بِلَحَاقِهِ، استَقَرَّ كُفرُهُ فَيَعمَلُ السَّبَبُ عَمَلَهُ وَزَالَ مِلكُهُ.

قَالَ: (وَإِن مَاتَ أَو قُتِلَ عَلَى رِدَّتِهِ، انتَقَلَ مَا اكتَسَبَهُ فِي إِسلَامِهِ إِلَى وَرَثَتِهِ المُسلِمِينَ، وَكَانَ مَا اكتَسَبَهُ فِي حَالِ رِدَّتِهِ فَيئًا) وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: كِلَاهُمَا لِوَرَثَتِهِ)[*] وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: كِلَاهُمَا فَيءٌ؛ لِأَنَّهُ مَاتَ كَافِرًا وَالمُسلِمُ لَا يَرِثُ الكَافِرَ، ثُمَّ هُوَ مَالُ حَربِيٍّ لَا أَمَانَ لَهُ فَيَكُونُ فَيئًا. وَلَهُمَا: أَنَّ مِلكَهُ

زوال الملك قيد به؛ لأن في إحباط عمله من الطاعات كلها، وفي وقوع الفرقة بينه وبين امرأته، وفي فرضية تجديد [الإيمان لم يكن ارتداده كأن لم يكن بل يعمل عمله، (ولم يعمل السبب)؛ أي السبب المزيل للملك وهو الردة][1] أو كونه حربيًّا[2].

قوله: (**فيعمل السبب**) وهو الردة أو كونه حربيًّا عمله .(**وزال ملكه**) أي مستندا إلى وقت الردة كما في البيع بشرط الخيار للمشتري.

قوله: (**وقال الشافعي كلاهما فيء**)[3] وبه [قال][4] مالك[5] وأحمد[6] لأنه مات كافرا وقال ﷺ: «**لَا يَرِثُ المُسلِمُ الكافِرَ**»[7]، ولأنه لا يرث أحدا فلا يرثه أحد، كالرقيق، ولأن اتحاد الملة سبب التوريث وهو مال حربي لا أمان له فيكون فيئا.

وقلنا: إنه كان مسلما مالكا له فإذا تم هلاكه يخلفه وارثه في ماله، كما لو

(*) **الراجح: قول أبي حنيفة.**

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٢) في الأصل: (حرما)، والمثبت من النسخة الثانية.

(٣) انظر الأم للشافعي (١/ ٢٩٤)، والحاوي الكبير للماوردي (١٣/ ١٦٠)، ونهاية المطلب للجويني (١١/ ٤٥٥).

(٤) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٥) انظر: البيان والتحصيل لابن رشد (١٦/ ٤٠٨)، وبداية المجتهد لابن رشد الحفيد (٤/ ١٣٧).

(٦) انظر: المغني لابن قدامة (٦/ ٢٧٣)، الإنصاف للمرداوي (٩/ ٤٦٥)، (١٠/ ٣٣٩).

(٧) رواه البخاري (٨/ ١٥٦، رقم ٦٧٦٤) ومسلم (٣/ ١٢٣٣، رقم ١٦١٤) من حديث أسامة بن زيد رضي الله عنه.

فِي الكَسبَينِ بَعدَ الرِّدَّةِ بَاق عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ فَيَنتَقِلُ بِمَوتِهِ إِلَى وَرَثَتِهِ وَيَستَنِدُ إِلَى مَا قُبَيلَ رِدَّتِهِ، إذ الرِّدَّةُ سَبَبُ المَوتِ فَيَكُونُ تَورِيثَ المُسلِمِ مِن المُسلِمِ.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهُ يُمكِنُ الِاستِنَادُ فِي كَسبِ الإِسلَامِ لِوُجُودِهِ قَبلَ الرِّدَّةِ، وَلَا يُمكِنُ الِاستِنَادُ فِي كَسبِ الرِّدَّةِ لِعَدَمِهِ قَبلَهَا وَمِن شَرطِهِ وُجُودُهُ، ثُمَّ إِنَّمَا يَرِثُهُ مَن كَانَ وَارِثًا لَهُ حَالَةَ الرِّدَّةِ وَبَقِيَ وَارِثًا إِلَى وَقتِ مَوتِهِ فِي رِوَايَة عَن أَبِي حَنِيفَةَ اعتِبَارًا

مات المسلم، وهذا لأن الردة هلاك إلا أن تمامه بالموت أو القتل؛ فإذا تم استند التوريث إلى أول الردة، وقد كان مسلما عند ذلك فيخلفه وارثه المسلم فيه؛ فيكون توريث المسلم من المسلم، إذ الحكم عند تمام السبب يثبت من أول السبب كالبيع بشرط الخيار؛ إذا أجيز يثبت الملك من وقت العقد حتى يستحق المبيع بزوائده المتصلة والمنفصلة[(١)].

قوله: (على ما بينا) وهو **قوله: (أنه مكلف محتاج لا يزول ملكه)**[(٢)].

قوله: (ويستند) إلى التوريث وبه صرح في المبسوط[(٣)]؛ أي ما قبيل الردة **(فيكون توريث المسلم من المسلم)** ويمكن الاستناد في كسب الردة؛ فإن كان معدومًا وقت الردة نظرًا إلى سبب الكسب وهو نفسه، فجُعل كأن الكسب موجود.

قوله: (لعدمه) أي لعدم كسب الردة .**(قبلها)**؛ أي قبل الردة ولا عندها **(ومن شرطه)**؛ أي من شرط الإسناد **(وجوده)**؛ أي وجود الكسب قبلها أو عندها؛ فلو ثبت منه حكم التوريث لثبت مقصورا على الحال، وهو كافر عند الاكتساب، والمسلم لا يرث الكافر.

وفي المبسوط[(٤)] ـ في جواب الشافعي ـ : أن المسلمين يستحقون باعتبار الإسلام، وورثته، ساوَوُا المسلمين في الإسلام وترجحوا عليهم بالقرابة؛ لأن ذا السببين مقدم على ذي سبب واحد فكان الصرف عليهم أولى. ألا ترى أن الأخ لأب وأم؛ مقدم على الأخ للأب في العصوبة. [٢/ ٢٨/ ب].

قوله: (في رواية عن أبي حنيفة) اختلفت الروايات عن أبي حنيفة فروى

---

(١) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (١٠/ ١٠٠ ـ ١٠١).

(٢) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (١٠/ ١٠٠).

(٣) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (١٠/ ١٠٠).

(٤) انظر ٣٨٥.

لِلِاستِنَادِ. وَعَنهُ: أَنَّهُ يَرِثُهُ مَن كَانَ وَارِثًا لَهُ عِندَ الرِّدَّةِ، وَلَا يَبطُلُ استِحقَاقُهُ بِمَوتِهِ، بَل يَخلُفُهُ وَارِثُهُ؛ لِأَنَّ الرِّدَّةَ بِمَنزِلَةِ المَوتِ. وَعَنهُ: أَنَّهُ يُعتَبَرُ وُجُودُ الوَارِثِ عِندَ المَوتِ، لِأَنَّ الحَادِثَ بَعدَ انعِقَادِ السَّبَبِ قَبلَ تَمَامِهِ كَالحَادِثِ قَبلَ انعِقَادِهِ بِمَنزِلَةِ الوَلَدِ الحَادِثِ مِن المَبِيعِ قَبلَ القَبضِ.

وَتَرِثُهُ امرَأَتُهُ المُسلِمَةُ إِذَا مَاتَ أَو قُتِلَ عَلَى رِدَّتِهِ وَهِيَ فِي العِدَّةِ؛ ....

الحسن عنه[١] أن من كان وارثا له وقت ردته، أو ولد له من علوق حادث، وبقي إلى موته يرثه، ومن حدث بعد ذلك لا يرثه، حتى لو أسلم بعض قرابته بعد ردته أو ولد من علوق حادث بعد ردته، لا يرثه على هذه الرواية؛ لأن سبب التوريث الردة فمن لم يكن موجودا عند ذلك السبب، لم ينعقد له سبب الاستحقاق.

وفي حق من انعقد السبب يشترط بقاؤه إلى وقت تمام الاستحقاق فإذا مات قبل ذلك يبطل السبب في حقه.

وروى أبو يوسف عنه[٢] أنه يعتبر وجود الوارث وقت الردة ثم (**لا يبطل استحقاقه بموته**) قبل موت المرتد؛ لأن الردة في حكم التوريث كالموت، ومن مات من الورثة بعد موت مورثه قبل قسمة الميراث لا يبطل استحقاقه ولكن (**يخلفه وارثه**) فيه وهذا مثله.

وروى محمد عنه[٣]؛ أنه يعتبر من يكون وارثا عند الموت سواء كان موجودا عند الردة أو حدث بعدها.

وفي المبسوط[٤]: وهذا أصح؛ لأن الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه؛ كالموجود عند ابتداء العقد في أنه يصير معقودا عليه بالقبض، وتكون له حصة من الثمن فكذا هاهنا.

قوله: (**وهي في العدة**) وفي رواية أبي يوسف ترث وإن انقضت العدة؛ لأن

---

(١) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (١٠/ ١٠٢) وتبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٣/ ٢٦٨).
(٢) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (١٠/ ١٠٢)، وتبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٣/ ٢٦٨).
(٣) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (١٠/ ١٠٢)، وتبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٣/ ٢٦٨).
(٤) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (١٠/ ١٠٢).

لِأَنَّهُ يَصِيرُ فَارًّا، وَإِن كَانَ صَحِيحًا وَقتَ الرِّدَّةِ.

وَالمُرتَدَّةُ كَسبُهَا لِوَرَثَتِهَا؛ لِأَنَّهُ لَا حِرَابَ مِنهَا فَلَم يُوجَد سَبَبُ الفَيءِ، بِخِلَافِ

عنده يعتبر قيام السبب وقت الردة ذكره في المبسوط(١).

فإن قيل: لما كانت الردة موتًا حكمًا؛ فينبغي أن ترث المدخولة وغير المدخولة كما في الموت الحقيقي، والتي انقضت عدتها وقت الموت وهاهنا لم ترث المرأة إذا كانت الردة قبل الدخول.

قلنا: جعلت الردة موتا حكما؛ ليكون توريث المسلم عن المسلم، أما هو حي حقيقة ولهذا تعتد(٢) بالحيض دون الأشهر، وإذا كان كذلك؛ لا ترث غير الموطوءة والتي انقضت عدتها وقت الموت؛ لأن حكم التوريث وإن استند إلى وقت الردة؛ لكن يتقرر عند الموت؛ لأنه بعد الردة حي حقيقي إليه أشير في المبسوط(٣).

قوله: (لأنه) أي المرتد (**يصير فارًّا وإن كان صحيحا**)؛ لأن الردة بمنزلة مرض الموت؛ لإفضائها إلى الهلاك فكان هو مبطل حقها بالارتداد فاعتبر فارًّا، وهذا يعضد قول محمد؛ فإنه ينفذ تصرفه كما ينفذ من المريض، أما إذا كان [وقت](٤) الردة مريضا فلا إشكال فيه كذا في الفوائد الظهيرية(٥).

قوله: (**لا حراب منها**)، ومعنى هذا أن عصمة المال تبع لعصمة النفس؛ فبالردة لا تزول عصمة نفسها حتى لا تقتل؛ فكذا لا تزول عصمة مالها فكان الكسبان ملكها؛ فتكون ميراثا لورثتها بخلاف المرتد عند أبي حنيفة(٦) فإن كسبه في الردة فيء لكونه محاربا في الحال أو في المآل باللحاق.

---

(١) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (١٠/ ١٠٣)، تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٣/ ٢٦٨).

(٢) في الأصل: (تعتبر) والمثبت من النسخة الثانية والثالثة.

(٣) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (١٠/ ١٠٣)، (٦/ ١٦٣).

(٤) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٥) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (١٠/ ١٠٤)، وشرح السير الكبير للسَّرَخْسِي (ص: ١٩٢٢)، وتبيين الحقائق للفخر لزيلعي (٣/ ٢٦٨)، وتحفة الفقهاء للسمرقندي (٣/ ٣١٠).

(٦) انظر: الجوهرة النيرة للحدادي (٢/ ٢٧٧)، وتبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٣/ ٢٨٧)، والعناية شرح الهداية للبابرتي (٦/ ٧٨).

المُرتَدِّ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى - وَيَرِثُهَا زَوجُهَا المُسلِمُ إن ارتَدَّت وَهِيَ مَرِيضَةٌ لِقَصدِهَا إبطَالَ حَقِّهِ، وَإِن كَانَت صَحِيحَة لَا يَرِثُهَا؛ لِأَنَّهَا لَا تُقتَلُ فَلَم يَتَعَلَّق حَقُّهُ بِمَالِهَا بِالرِّدَّةِ، بِخِلَافِ المُرتَدِّ.

قَالَ: (وَإِن لَحِقَ بِدَارِ الحَربِ مُرتَدًّا وَحَكَمَ الحَاكِمُ بِلَحَاقِهِ، عَتَقَ مُدَبَّرُوهُ وَأُمَّهَاتُ أَولَادِهِ، وَحَلَّت الدُّيُونُ الَّتِي عَلَيهِ، وَنُقِلَ مَا اكتَسَبَهُ فِي حَالِ الإِسلَامِ إِلَى وَرَثَتِهِ مِن المُسلِمِينَ).

قوله: (لقصدها إبطال حقه) بعد تعلق حقه بمالها إذا كانت مريضة؛ فصارت فارّة كما إذا قصد إبطال حقها بماله صار فارًّا.

فإن قيل: فرار الزوج إنما يتحقق إذا مات وهي في العدة، ولهذا لو طلقها قبل الدخول في مرضه لم ترث؛ لأنها ليست في عدته، وهاهنا لا عدة للرجل؛ فينبغي ألا يرثها؛ لأنها بنفس الردة بانت منه. وهي **(لا تقتل)**، فلو قلنا بالتوريث كان فيه توريث المسلم من الكافرة.

قلنا: القياس كذلك إلا أنا استحسنا وقلنا: بميراثه منها لتعلق حقه بمالها بمرضها؛ فكانت بالردة **(قاصدة إبطال حقها)** فارة عن ميراثها فيرد عليها قصدها كما في جانب الزوج، ويجعل توريث المسلم من المسلمة بخلاف الصحيحة، إذا ارتدت فإنها بالردة ما أبطلت حقه؛ لعدم تعلقه بمالها إذ ردتها لا تكون مفضية إلى القتل؛ فلا تجعل كالمرض فلا تجعل فارة إليه أشير في سير المبسوط[١].

قوله: (وحكم الحاكم بلحاقه)، وفي المحيط[٢] وجامع شمس الأئمة: قبل القضاء باللحاق لهذه الأحكام، وإنما يشترط قضاؤه بشيء من أحكام الموتى، وعند عامة العلماء القضاء باللحاق شرط سابقا على قضائه بهذه الأحكام، إليه أشار محمد في كثير من المواضع[٣].

---

(١) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ١٦٣)، العناية شرح الهداية للبابرتي (٦/ ٧٨).

(٢) المحيط البرهاني لابن مازة (٤/ ٢٥٨).

(٣) انظر: المبسوط لمحمد بن الحسن الشيباني (٤/ ٢٦٨ - ٢٦٩)، شرح السير الكبير للسَّرَخْسِي (١٩٨٨).

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَبقَى مَالُهُ مَوقُوفًا كَمَا كَانَ؛ لِأَنَّهُ نَوعُ غَيبَة فَأَشبَهَ الغَيبَةَ فِي دَارِ الإِسلَامِ. وَلَنَا: أَنَّهُ بِاللَّحَاقِ صَارَ مِن أَهلِ الحَربِ وَهُم أَموَاتٌ فِي حَقِّ أَحكَامِ الإِسلَامِ لِانقِطَاعِ وِلَايَةِ الإِلزَامِ كَمَا هِيَ مُنقَطِعَةٌ عَنِ المَوتَى فَصَارَ كَالمَوتِ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَستَقِرُّ لَحَاقُهُ إِلَّا بِقَضَاءِ القَاضِي، لِاحتِمَالِ العَودِ إِلَينَا، فَلَا بُدَّ مِنَ القَضَاءِ، وَإِذَا تَقَرَّرَ مَوتُهُ ثَبَتَت الأَحكَامُ المُتَعَلِّقَةُ بِهِ وَهِيَ مَا ذَكَرنَاهَا كَمَا فِي المَوتِ الحَقِيقِيِّ، ثُمَّ يُعتَبَرُ كَونُهُ وَارِثًا عِندَ لَحَاقِهِ فِي قَولِ مُحَمَّد؛ لِأَنَّ اللَّحَاقَ هُوَ السَّبَبُ وَالقَضَاءُ لِتَقَرُّرِهِ بِقَطعِ الِاحتِمَالِ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: وَقتَ القَضَاءِ(*)؛ لِأَنَّهُ ....

قوله: (**وقال الشافعي**[١]: **يبقى ماله موقوفا كما**) في دار الإسلام ويحفظه الحاكم له وبه قال مالك[٢] وأحمد[٣] (لأنه) أي: لحاقه بدار الحرب. (**نوع غيبة**) فلا يتغير به حكم ماله، كما لو كان مترددًا في دار الإسلام؛ إذ الدّاران في حكم دار واحدة وقد ذكرناه.

(**ولنا: أنه باللحاق صار من أهل الحرب**) حقيقة وحكما فالتحق بالأموات؛ إذ الحربي في دار الحرب كالميت في حق المسلمين يدل عليه قوله تعالى: ﴿أَوَ مَن كَانَ مَيۡتٗا فَأَحۡيَيۡنَٰهُ﴾ [الأنعام:١٢٢] [**٢/ ٢٩/ أ**] أي: كافرًا فهديناه[٤].

قوله: (**فلا بد من القضاء**)؛ ليترجح جانب عدم العود.

قوله: (**وهي**)؛ أي الأحكام المذكورة (**ما ذكرناها**) وهو قوله: (**عتق مدبروه...**)[٥] إلى آخره.

قوله: (**لأن اللحاق هو السبب**)؛ أي؛ لزوال ملكه بالردة فيعتبر كونه وارثًا عند اللحاق.

قوله: (**لأنه**)؛ أي اللحاق يصير موتا بالقضاء؛ لأن اللحاق في الحقيقة غيبة، وإنما يصير موتا بالقضاء فيعتبر كونه وارثًا عند القضاء.

(*) الراجح: قول محمد.

(١) الأم للشافعي (١/ ٢٩٤)، والحاوي الكبير للماوردي (١٣/ ١٦٠).

(٢) انظر المدونة لابن القاسم (٢/ ٢٢٧)، والتاج والإكليل (٨/ ٣٧٥)، مختصر خليل (ص: ٢٣٨).

(٣) انظر المغني لابن قدامة (٩/ ٩)، والشرح الكبير لعبد الرحمن بن محمد بن قدامة (١٠/ ٩٦).

(٤) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (٥/ ٥١)، (١٠/ ١٠٣).

(٥) انظر ص ٣٩٠.

يَصِيرُ مَوتا بِالقَضَاءِ، وَالمُرتَدَّةُ إِذَا لَحِقَت بِدَارِ الحَربِ فَهِيَ عَلَى هَذَا الخِلَافِ.

(وَتُقضَى الدُّيُونُ الَّتِي لَزِمَتهُ فِي حَالِ الإِسلَامِ مِمَّا اكتَسَبَهُ فِي حَالِ الإِسلَامِ، وَمَا لَزِمَهُ فِي حَالِ رِدَّتِهِ مِن الدُّيُونِ يُقضَى مِمَّا اكتَسَبَهُ فِي حَالِ رِدَّتِهِ)(*) قَالَ العَبدُ الضَّعِيفُ عَصَمَهُ اللَّهُ: هَذِهِ رِوَايَةٌ عَن أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وَعَنهُ: أَنَّهُ يُبدَأُ بِكَسبِ الإِسلَامِ، وَإِن لَم يَفِ بِذَلِكَ يُقضَى مِن كَسبِ الرِّدَّةِ، وَعَنهُ: عَلَى عَكسِهِ. وَجهُ الأَوَّلِ: أَنَّ المُستَحَقَّ بِالسَّبَبَينِ مُختَلِفٌ. وَحُصُولُ كُلِّ وَاحِد مِن الكَسبَينِ بِاعتِبَارِ السَّبَبِ الَّذِي وَجَبَ بِهِ الدَّينُ، فَيُقضَى كُلُّ دَين مِن الكَسبِ المُكتَسَبِ فِي تِلكَ الحَالَةِ لِيَكُونَ الغُرمُ بِالغُنمِ.

وَجهُ الثَّانِي: أَنَّ كَسبَ الإِسلَامِ مِلكُهُ حَتَّى يَخلُفَهُ الوَارِثُ فِيهِ، وَمِن شَرطِ هَذِهِ الخِلَافَةِ الفَرَاغُ عَن حَقِّ المُوَرِّثِ فَيُقَدَّمُ بِالدَّينِ عَلَيهِ، أَمَّا كَسبُ الرِّدَّةِ: فَلَيسَ بِمَملُوك لَهُ؛ لِبُطلَانِ أَهلِيَّةِ المِلكِ بِالرِّدَّةِ عِندَهُ، فَلَا يُقضَى دَينُهُ مِنهُ، إِلَّا إِذَا تَعَذَّرَ قَضَاؤُهُ مِن مَحِلٍّ آخَرَ فَحِينَئِذ يُقضَى مِنهُ، كَالذِّمِّيِّ ....

قوله: (فهي على هذا)؛ أي المرتدة باللحاق على ما ذكرنا من (الخلاف) في المرتد.

قوله: (هذا) هو التفصيل المذكور رواية عن أبي حنيفة وهو رواية زفر عنه(١).

و(عنه)؛ أي عن أبي حنيفة (أنه يبدأ...) إلى آخره وهو رواية الحسن عنه، وعنه أي عن أبي حنيفة وهو رواية أبي يوسف (عنه على العكس) أي: يبدأ بكسب الردة(٢).

قوله: (يقضى منه)؛ أي: كسب الردة.

وقوله : (كالذمي) جواب عن سؤال يرد عليه، وهو أن كسب الردة ما لم يكن مملوكا له كيف يؤدي دينه منه إن لم يكن له كسب الإسلام، فقال: هذا غير

(*) هذه رواية الحسن عن أبي حنيفة وهي الراجحة.

(١) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (١٠/ ١٠٦)، والعناية شرح الهداية للبابرتي(٦/ ٨٠).

(٢) انظر: العناية شرح الهداية للبابرتي (٦/ ٨٠).

إِذَا مَاتَ وَلَا وَارِثَ لَهُ يَكُونُ مَالُهُ لِجَمَاعَةِ المُسلِمِينَ، وَلَو كَانَ عَلَيهِ دَينٌ يُقضَى مِنهُ كَذَلِكَ هَاهُنَا. وَجهُ الثَّالِثِ: أَنَّ كَسبَ الإِسلَامِ حَقُّ الوَرَثَةِ، وَكَسبَ الرِّدَّةِ خَالِصُ حَقِّهِ، فَكَانَ قَضَاءُ الدَّينِ مِنهُ أَولَى، إِلَّا إِذَا تَعَذَّرَ بِأَن لَم يَفِ بِهِ، فَحِينَئِذٍ يُقضَى مِن كَسبِ الإِسلَامِ تَقدِيمًا لِحَقِّهِ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: تُقضَى دُيُونُهُ مِن الكَسبَينِ؛ لِأَنَّهُمَا جَمِيعًا مِلكُهُ حَتَّى يَجرِيَ الإِرثُ فِيهِمَا، وَاَللَّهُ أَعلَمُ.

قَالَ: (وَمَا بَاعَهُ أَو اشتَرَاهُ أَو أَعتَقَهُ أَو وَهَبَهُ أَو رَهَنَهُ أَو تَصَرَّفَ فِيهِ مِن أَموَالِهِ فِي حَالِ رِدَّتِهِ فَهُوَ مَوقُوفٌ، فَإِن أَسلَمَ صَحَّت عُقُودُهُ، وَإِن مَاتَ أَو قُتِلَ أَو لَحِقَ بِدَارِ الحَربِ بَطَلَت) وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ(*).

بعيد فإن (**الذمي إذا مات ولا وارث له**)، لم يبق له ملك ويكون ملكه لعامة المسلمين، ومع ذلك له دين يقضى منه.

وفي المبسوط[١]: وعلى هذا لا ينفذ تصرفه في الرهن وقضاء الدين من (**كسب الردة خالص حقه**).

فإن قيل: يزول ملك المرتد وقد قاله في مواضع فكيف يستقيم قوله: (**وهو خالص حقه؟**).

قلنا: المراد بخلوص الحق هنا؛ ألا يتعلق حق الغير به كما يثبت التعلق في مال المريض، ثم لا يلزم من كونه خالص حقه كونه ملكا له.

ألا ترى أن كسب المكاتب له وخالص حقه وليس بملك، وكذا إذا مات لا وارث له على ما ذكرنا، وهو خالص حقه ولا مالك[٢] له فيه كذا قيل، وفيه نوع تأمل، والأولى أن نقول: **قوله**: (**من الكسبين**) أي كسب الإسلام والردة وبه قالت الأئمة الثلاثة[٣].

قوله: (**وهذا**)؛ أي كون التصرفات موقوفا على قول أبي حنيفة، وبه قال

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٠/ ١٠٧).

(٢) كذا في النسخ ولعل الصواب: (ملك).

(٣) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (٣٠/ ٣١)، فتح القدير لابن الهمام (٦/ ٧٥).

(وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: يَجُوزُ مَا صَنَعَ فِي الوَجهَينِ).

اعلَم أَنَّ تَصَرُّفَاتِ المُرتَدِّ عَلَى أَقسَام: نَافِذٌ بِالِاتِّفَاقِ كَالِاستِيلَادِ وَالطَّلَاقِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَفتَقِرُ إِلَى حَقِيقَةِ المِلكِ وَتَمَامِ الوِلَايَةِ. وَبَاطِلٌ بِالِاتِّفَاقِ كَالنِّكَاحِ وَالذَّبِيحَةِ؛ لِأَنَّهُ يَعتَمِدُ المِلَّةَ وَلَا مِلَّةَ لَهُ.

أحمد[1] والشافعي[2] أن يصرف بعد الحجر عليه.

وقال مالك[3] وأبو بكر الحنبلي: تصرفاته باطل، وبه قال الشافعي في قول[4].

قوله: (ما صنع في الوجهين) أحدهما الإسلام والثاني أحد الوجوه الثلاثة من الموت والقتل واللحوق.

قوله: (كالاستيلاد والطلاق).

فإن قيل: بالارتداد وقعت الفرقة فكيف يتصور الطلاق من المرتد؟.

قلنا: ذكر في المحيط[5]: أن الفرقة التي تقع بالارتداد تقع بعد الطلاق فكان طلاق المرتد واقعا كما لو طلقت بالإبانة بالطلاق البائن، وقد مر في النكاح.

وفي الكافي[6]: وصورته فيما إذا ارتدّا معًا. **(لأنه)**؛ أي: الاستيلاد لا يفتقر إلى حقيقة الملك، ولهذا يثبت في جارية الابن.

قوله: (وتمام الولاية)؛ أي: الطلاق لا يفتقر إلى تمام الولاية حتى صح من العبد مع قصور ولايته، وكذا تسليم شفعته، وحجره على العبد المأذون نافذ؛ لأن كل واحد إسقاط.

قوله: (لأنه)؛ أي كل واحد من النكاح والذبيحة **(يعتمد الملة)** بلا خلاف بين العلماء **(ولا ملة له)**؛ أي للمرتد فإنه ترك ما كان عليه وهو غير مقر لما انتقل إليه.

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة (٩/ ١٠) والشرح الكبير(١٠/ ٩٦ - ٩٧).
(٢) انظر: البيان في مذهب الإمام الشافعي (١٢/ ٥٣ - ٥٥).
(٣) انظر: الكافي لابن عبد البر (٢/ ٧٣٢)، والذخيرة للقرافي (٨/ ٢٥٥).
(٤) انظر: البيان للعمراني (١٢/ ٥٥).
(٥) انظر: المحيط البرهاني لابن مازه (٣/ ١٤٢).
(٦) المبسوط للسَّرَخْسِي (٥/ ٤٩ - ٥٠).

وَموقُوفٌ بِالِاتِّفَاقِ كَالمُفَاوَضَةِ؛ لِأَنَّهَا تَعتَمِدُ المُسَاوَاةَ، وَلَا مُسَاوَاةَ بَينَ المُسلِمِ وَالمُرتَدِّ مَا لَم يُسلِم. وَمُختَلَفٌ فِي تَوَقُّفِهِ وَهُوَ مَا عَدَدنَاهُ. لَهُمَا: أَنَّ الصِّحَّةَ تَعتَمِدُ الأَهلِيَّةَ وَالنَّفَاذَ يَعتَمِدُ المِلكَ، وَلَا خَفَاءَ فِي وُجُودِ الأَهلِيَّةِ لِكَونِهِ مُخَاطَبًا، وَكَذَا المِلكُ لِقِيَامِهِ قَبلَ مَوتِهِ عَلَى مَا قَرَّرنَاهُ مِن قَبلُ، وَلِهَذَا لَو وُلِدَ لَهُ وَلَدٌ بَعدَ الرِّدَّةِ لِسِتَّةِ أَشهُرٍ مِن امرَأَةٍ مُسلِمَةٍ يَرِثُهُ، وَلَو مَاتَ وَلَدُهُ ....

فإن قيل: أَيْشٍ يريد بالملة إن أردت ملة الإسلام ينتقض بأهل الكتاب، وإن أردت بها الملة السماوية تنتقض بصحة نكاح المشرك والمجوس فيما بينهم وليس لهم ملة سماوية أصلًا لا مقررة ولا محرفة، قال عليه السلام: «**ولدت مِن نكاحٍ لا من سِفاحٍ**»[1].

قلنا: قال الإمام ظهير الدين في فوائده[2]: راجعت الفحول في هذا فلم أجد جوابا شافيا، وكنت في ذلك متململا حتى حدث في فؤادي وقال: المعنى من الملة التي يدينون بذلك النكاح المتوارث لأن عند ذلك يحصل ما هو الغرض من النكاح، وهو التوالد والتناسل، والمرتد والمرتدة ليسا على تلك الملة فلا يصح نكاحهما؛ لأن المرتد يقتل والمرتدة تحبس؛ فكيف ينتظم ما هو الغرض من النكاح؟ بخلاف المجوس والمشركين فإنهم يدينون بذلك النكاح المتوارث.

قوله: (كالمفاوضة) يعني إذا فاوض مسلما توقف عقد المفاوضة بالارتداد.

وفي الكافي: وكذا شهادته موقوفة كولايته على أولاده الصغار، والمفاوضة فلو أسلم نفذت مفاوضته، ولو مات أو قتل أو لحق أو قضي بلحاقه بطلت المفاوضة بالاتفاق لكن يصير عنانا. وعند أبي حنيفة يبطل أصلا؛ لأن في العنان وكالة وهي موقوفة[3].

قوله: (ولو مات ولده) أي: ولد المرتد إيضاح أن الردة ليست كالموت

(١) أخرجه الطبراني في الكبير (١٠/ ٣٢٩، رقم ١٠٨١٢) من حديث ابن عباس، وأخرجه الطبراني في الأوسط (٥/ ٨٠، رقم ٤٧٢٨) من حديث علي، وحسنه الشيخ الألباني في الصحيحة (٦/ ٣٢٩، رقم ١٩١٤).

(٢) انظر: العناية شرح الهداية للبابرتي (٤/ ١٠٨)، والبناية شرح الهداية للعيني (٧/ ٢٨٢ ـ ٢٨٣).

(٣) انظر: البناية شرح الهداية للعيني (٧/ ٢٨٣)، البحر الرائق (٥/ ١٨٣)، (٥/ ١٩٩).

بَعدَ الرِّدَّةِ قَبلَ المَوتِ لَا يَرِثُهُ فَتَصِحُّ تَصَرُّفَاتُهُ.

إِلَّا أَنَّ عِندَ أَبِي يُوسُفَ تَصِحُّ كَمَا تَصِحُّ مِن الصَّحِيحِ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ عَودُهُ إِلَى الإِسلَامِ، إذ الشُّبهَةُ تُزَاحُ فَلَا يُقتَلُ وَصَارَ كَالمُرتَدَّةِ.

وَعِندَ مُحَمَّد: تَصِحُّ كَمَا تَصِحُّ مِن المَرِيضِ؛ لِأَنَّ مَن انتَحَلَ إِلَى نِحلَة لَا سِيَّمَا مُعرِضا عَمَّا نَشَأَ عَلَيهِ قَلَّمَا يَترُكُهُ فَيُفضِي إِلَى القَتلِ ظَاهِرًا، بِخِلَافِ المُرتَدَّةِ؛ لِأَنَّهَا لَا تُقتَلُ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ، أَنَّهُ حَربِيٌّ مَقهُورٌ تَحتَ أَيدِينَا عَلَى مَا قَرَّرنَاهُ فِي تَوَقُّفِ المِلكِ وَتَوَقُّفُ التَّصَرُّفَاتِ بِنَاءً عَلَيهِ، وَصَارَ كَالحَربِيِّ يَدخُلُ دَارَنَا بِغَيرِ أَمَان، فَيُؤخَذُ وَيُقهَرُ

[٢/ ٢٩/ب] من كل وجه، وأن أهلية المرتد للملك باقية وإنما قيد الولد المولود.

(**بعد الردة**)، وإن كان الحكم في المولود قبل الردة كذلك أيضًا؛ لدفع شبهة عسى ترد بأن يقال: إنما ورث المرتد ولده المولود قبل الردة؛ لأنه انتقل إليه إرثه قبيل الردة. وقيل: ما ذكر في المتن، إنما يستقيم في رواية من اعتبر الأهلية عند الإرث، أما في رواية من اعتبر أهلية الإرث(١) عند الردة، لا يرث هذا الولد.

قوله: (**كما تصح من الصحيح**)؛ لأنه متمكن من دفع الهلاك عن نفسه بسبب مستحق عليه مرغوب فيه؛ فلا يصير في حكم المريض كمن قصد أن يلقي نفسه من شاهق الجبل لا يصير في حكم المريض.

وكذا المقضي عليه بالرجم أو القصاص لا يصير كالمريض ما دام في السجن بالاتفاق؛ لتمكنه من دفع الهلاك عن نفسه بادعاء شبهة فالمرتد أولى؛ لما أن دعوى الشبهة هناك متردد في القبول، وهاهنا يقبل قطعًا(٢).

قوله: (**كما تصح من المريض**)، ولهذا ترث زوجته بحكم الفرار وذا لا يتحقق إلا في المريض.

قوله: (**على ما قررناه**) وهو قوله: (**وله أنه حربي مقهور**) إلى آخره.

قوله: (**بناء عليه**)؛ أي على توقف الملك، يوضحه أن المرتد هالك

---

(١) كُررت هذه العبارة بالأصل.

(٢) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (١٠/ ١٠٥).

وَتَتَوَقَّفُ تَصَرُّفَاتُهُ؛ لِتَوَقُّفِ حَالِهِ، فَكَذَا المُرتَدُّ، وَاستِحقَاقُهُ القَتلَ لِبُطلَانِ سَبَبِ العِصمَةِ فِي الفَصلَينِ فَأَوجَبَ خَلَلًا فِي الأَهلِيَّةِ، بِخِلَافِ الزَّانِي وَقَاتِلِ العَمدِ؛ لِأَنَّ الِاستِحقَاقَ فِي ذَلِكَ جَزَاءٌ عَلَى الجِنَايَةِ.

وَبِخِلَافِ المَرأَةِ؛ لِأَنَّهَا لَيسَت حَربِيَّةً؛ وَلِهَذَا لَا تُقتَلُ.

(فَإِن عَادَ المُرتَدُّ بَعدَ الحُكمِ بِلَحَاقِهِ بِدَارِ الحَربِ إِلَى دَارِ الإِسلَامِ مُسلِمًا، فَمَا

حكمًا، والهلاك الحقيقي ينافي مالكية المال، ولا ينافي توقف المال على حقه كالتركة المستغرقة بالدين فكذا الهلاك الحكمي، وإذا توقف الملك توقف على ما ينبنى عليه من التصرفات كما في الحربي الداخل بغير أمان يتوقف تصرفه؛ لتوقف حاله بين القتل والإسلام كالحربي المقهور يتوقف تصرفه؛ لتوقف حاله بين القتل والاسترقاق والمنّ.

واستحقاق القتل في الصورتين؛ لزوال عصمته فيهما فأوجب خللًا بخلاف المقضي عليه بالقصاص والرجم فهناك لم يزل ما به عصمة المال والنفس، وهو الإسلام حتى لو قتله غير ولي القصاص بغير إذنه يُقتَلُ القاتلُ، وإنما يستحق بما هو من حقوق تلك العصمة فيبقى مالكًا حقيقةً؛ لبقاء عصمة ماله وقد انعدم هاهنا، ولأن تأثير الردة في نفي المالكية فوق تأثير الرق، فإن الرق ينافي مالكية المال ولا ينافي مالكية النكاح، والردة تنافيهما فلما لم يعتبر تصرف الرقيق باعتبار عدم المالكية؛ فهاهنا أولى كذا في المبسوط وجامع قاضي خان[(١)].

قوله: (في الفصلين)؛ أي فصل الحربي والمرتد وسبب العصمة كونه آدميًا مسلمًا، وقد بطل ذلك بالكفر فصار كالجماد والحيوان.

وفي جامع أبي اليسر: إلا أن ما قاله أبو يوسف ومحمد أولى وأحسن؛ لأن المرتد لا يقبل الرق والقهر يكون حقيقيًا لا حكميًا، والملك يبطل بالقهر الحكمي [لا][(٢)] الحقيقي، ولهذا المعنى لا يبطل ملك المقضي عليه بالرجم[(٣)].

---

(١) انظر: المبسوط للسَّرَخسِي (١٠/ ١٠٥).

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت عن النسخة الثانية.

(٣) انظر: فتح القدير لابن الهمام (٦/ ٨٥)، البحر الرائق لابن نجيم (٥/ ١٤٤).

وَجَدَهُ فِي يَدِ وَرَثَتِهِ مِن مَالِهِ بِعَينِهِ أَخَذَهُ)؛ لِأَنَّ الوَارِثَ إِنَّمَا يَخلُفُهُ فِيهِ لِاستِغنَائِهِ، وَإِذَا عَادَ مُسلِمًا احتَاجَ إِلَيهِ فَيُقَدَّمُ عَلَيهِ؛ بِخِلَافِ مَا إِذَا أَزَالَهُ الوَارِثُ عَن مِلكِهِ، وَبِخِلَافِ أُمَّهَاتِ أَولَادِهِ وَمُدَبَّرِيهِ؛ لِأَنَّ القَضَاءَ قَد صَحَّ بِدَلِيلٍ مُصَحِّحٍ فَلَا يُنقَضُ، وَلَو جَاءَ مُسلِمًا قَبلَ أَن يَقضِيَ القَاضِي بِذَلِكَ، فَكَأَنَّهُ لَم يَزَل مُسلِمًا لِمَا ذَكَرنَا.

قوله: (فيقدم عليه) أي: على الوارث ولا خلاف فيه لأحد.

قال الحلواني: لو كان هذا بعد موته حقيقة بأن أحياه الله وأعاده إلى الدنيا كان الحكم فيه كذلك إلّا أنه خلاف العادة(١).

قوله: (ما إذا أزاله الوارث عن ملكه) بحيث لا يضمن؛ لأنه أزاله في وقت كان بسبيل من الإزالة؛ فنفذت الإزالة ولا سبيل له على **(أمهات أولاده ومدبريه)**؛ لأن القاضي قضى بعتقهن عن ولاية؛ فإنه لو كان في دار الإسلام يحكم بموته حقيقة فكذا بموته حكما فإذا قضى بولاية؛ نفذ قضاؤه، والعتق بعد وقوعه لا ينفسخ فصار كما لو مات حقيقة، ثم أحياه الله تعالى كذا في جامع قاضي خان(٢).

قوله: (بدليل مصحح)؛ أي للقضاء وهو الردة واللحاق؛ لأنه كالموت **(فلا ينقض)** أي: القضاء **(فكأنه لم يزل)** - بفتح الزاي - أي: كأنه لم يرتد في حق زوال ملكه؛ **(لما ذكرنا)** وهو قوله: **(إلا أنه لا يستقر لحاقه إلا بالقضاء)** فلا بد من القضاء **(فإذا عاد)** تكون أمهات أولاده ومدبروه على حالهم أي: لا يعتقون وما كان من الديون عليه فهي إلى أجله كما كانت لعدم تقرر الموت قبل القضاء كذا في جامع قاضي خان.

وفي الكافي(٣): وهذا كالعبد المبيع إذا أبق قبل القبض وقضي بفسخ البيع لا يبطل قضاؤه بعوده من الإباق ولو لم يقض بالفسخ جعل كأنه لم يأبق حتى يبقى العهد على [حاله كذا](٤) هاهنا.

---

(١) انظر: العناية للبابرتي (٦/ ٨٥)، فتح باب العناية لِمُلّا علي القاري (٦/ ١٣٢).
(٢) انظر: الفتاوى قاضي خان (٢/ ٢٧٤).
(٣) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٥/ ١٧٤).
(٤) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(وَإِذَا وَطِئَ المُرتَدُّ جَارِيَة نَصرَانِيَّة، كَانَت لَهُ فِي حَالَةِ الإِسلَامِ، فَجَاءَت بِوَلَد لِأَكثَرَ مِن سِتَّةِ أَشهُر مُنذُ ارتَدَّ فَادَّعَاهُ، فَهِيَ أُمُّ وَلَدِ لَهُ، وَالوَلَدُ حُرٌّ وَهُوَ ابنُهُ وَلَا يَرِثُهُ، وَإِن كَانَت الجَارِيَةُ مُسلِمَةً وَرِثَهُ الِابنُ إن مَاتَ عَلَى الرِّدَّةِ أَو لَحِقَ بِدَارِ الحَربِ) أَمَّا صِحَّةُ الِاستِيلَادِ فَلِمَا قُلنَا، وَأَمَّا الإِرثُ فَلِأَنَّ الأُمَّ إِذَا كَانَت نَصرَانِيَّة وَالوَلَدُ تَبَعٌ لَهُ لِقُربِهِ إِلَى الإِسلَامِ لِلجَبرِ عَلَيهِ، فَصَارَ فِي حُكمِ المُرتَدِّ ....

قوله: (لأكثر من ستة أشهر) وفي جامع فخر الإسلام وقاضي خان(١) والتمرتاشي والكافي(٢): لستة فألحقوا الستة بالأكثر، وإنما قيد بالأكثر وأنه لو جاء بالأقل من ستة أشهر فالولد يرث من أبيه المرتد وإن كانت أمه نصرانية للتيقن بوجوده في البطن قبل الردة فيكون مسلما تبعا للأب ذكره قاضي خان.

وقيد بالنصرانية؛ لأن الأمة لو كانت مسلمة [٢/ ٣٠/أ] ورثه الابن مات على الردة أو لحق.

(لما قلنا، وهو أن الاستيلاد) لا يفتقر إلى حقيقة الملك فصحَّت دعوته، وثبتت حقيقة الجزية للولد وحق أمّية الولد للأمة فالولد تبع له أي للأب المرتد لأنه أقرب إلى الإسلام من النصرانية لأنه يجبر على الإسلام بخلاف النصرانية ولا يجعل الولد مسلما تبعا للدار كذا ذكره شمس الأئمة(٣) وقاضي خان(٤).

ولا يشكل بولد إذا ارتد أبواه؛ فإنه يبقى مسلمًا ما دام في الإسلام باعتبار الدار مع وجود الأبوين؛ لأنا جعلناه مسلمًا قبل ارتداد أبويه باعتبار التبعية؛ فيبقى ما كان على ما كان، ولا يصير مرتدًّا بارتدادهما بخلاف ما نحن فيه؛ فإنه لم يكن لهذا الولد حكم الإسلام؛ بل يثبت ابتداء إسلامه في حال كفرهما، وترجيح تبعيتهما على الدار عند الابتداء لا حالة البقاء كذا في الإيضاح وجامع شمس الأئمة(٥).

---

(١) انظر: الفتاوى قاضي خان (١/ ١٨٣).

(٢) انظر: البناية شرح الهداية للعيني (٧/ ٢٨٦)، البحر الرائق لابن نجيم (٥/ ١٤٦).

(٣) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (١٧/ ١٠٢).

(٤) انظر: الفتاوى قاضي خان (٣/ ٣٦٥).

(٥) انظر: المحيط البرهاني لابن مازة (٣/ ١٤٢)، بدائع الصنائع للكاساني (٧/ ١٠٤).

وَالمُرتَدُّ لَا يَرِثُ المُرتَدَّ، أَمَّا إِذَا كَانَت مُسلِمَة، فَالوَلَدُ مُسلِمٌ تَبَعًا لَهَا؛ لِأَنَّهَا خَيرُهُمَا دِينًا وَالمُسلِمُ يَرِثُ المُرتَدَّ.

(وَإِذَا لَحِقَ المُرتَدُّ بِمَالِهِ بِدَارِ الحَربِ، ثُمَّ ظُهِرَ عَلَى ذَلِكَ المَالِ فَهُوَ فَيءٌ، فَإِن لَحِقَ ثُمَّ رَجَعَ وَأَخَذَ مَالًا وَأَلحَقَهُ بِدَارِ الحَربِ، فَظُهِرَ عَلَى ذَلِكَ المَالِ، فَوَجَدَتهُ الوَرَثَةُ قَبلَ القِسمَةِ رُدَّ عَلَيهِم)؛ ....

قوله: (والمرتد لا يرث المرتد) ولا أحدًا؛ لأنه لا ملة له ولا ولاية؛ لأنها كرامة وهو مهان، والإرث من باب الولاية.

قوله: (والمسلم يرث المرتد) إذا كان الولد مسلمًا يرث المرتد.

في الفوائد الظهيرية[١]: ما ذكر في الكتاب أن الإرث يستند إلى حالة الإسلام؛ فيكون فيه توريث المسلم عن المسلم فما اكتسبه في حال الردة يضعف بهذه المسألة؛ لأن الولد هناك لم يكن موجودًا حال الإسلام، ومع هذا يرث فعلم بهذا أن الصحيح ما رواه محمد عن أبي حنيفة[٢]، وهو من كان وارثًا عند موته سواء كان موجودًا عند الردة أو حدث بعدها.

قوله: (فهو)؛ أي ذلك المال **(فيء)** دون نفس المرتد، ويجوز أن يكون ماله فيئا دون نفسه كمشركي العرب وبه قالت الأئمة الثلاثة[٣] إلا أنهم قالوا: ماله وملكه في دار الإسلام له، ويتصرف فيه الحاكم بما يرى المصلحة فيه، ولا يورث كما ذكرنا.

قوله: (رُدَّ عليهم) خلافًا للأئمة الثلاثة[٤] فإنه عندهم مباح، وملك المرتد باقٍ ولا يورث.

---

(١) انظر: البناية شرح الهداية للعيني (٧/ ٢٧٥)، العناية شرح الهداية للبابرتي (٦/ ٧٦)، وفتح القدير (٦/ ٧٦، ٨٦). بلغ بلغ.

(٢) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٣/ ٢٨٩)، ورد المحتار لابن عابدين (٤/ ٢٥٤).

(٣) انظر: فتح القدير لابن الهمام (٦/ ٨٧)، والعناية شرح الهداية للبابرتي (٦/ ٨٧)، الحاوي الكبير للماوردي (١٣/ ١٦٤ ـ ١٦٥)، الإشراف لابن المنذر (٨/ ٦٨).

(٤) انظر: فتح القدير لابن الهمام (٦/ ٨٧)، والبناية شرح الهداية للعيني (٧/ ٢٨٧)، الإنصاف للمرداوي (١٠/ ٣٣٩).

لِأَنَّ الأَوَّلَ: مَالٌ لَم يَجرِ فِيهِ الإِرثُ، وَالثَّانِيَ: انتَقَلَ إِلَى الوَرَثَةِ بِقَضَاءِ القَاضِي بِلَحَاقِهِ، فَكَانَ الوَارِثُ مَالِكا قَدِيمًا.

(وَإِذَا لَحِقَ المُرتَدُّ بِدَارِ الحَربِ وَلَهُ عَبدٌ، فَقُضِيَ بِهِ لِابنِهِ، وَكَاتَبَهُ الِابنُ ثُمَّ جَاءَ المُرتَدُّ مُسلِمًا فَالكِتَابَةُ جَائِزَةٌ، وَالمُكَاتَبَةُ وَالوَلَاءُ لِلمُرتَدِّ الَّذِي أَسلَمَ)؛ لِأَنَّهُ لَا وَجهَ إِلَى بُطلَانِ الكِتَابَةِ، لِنُفُوذِهَا بِدَلِيلٍ مُنَفِّذٍ، فَجَعَلنَا الوَارِثَ الَّذِي هُوَ خَلَفُهُ كَالوَكِيلِ مِن جِهَتِهِ، وَحُقُوقُ العَقدِ فِيهِ تَرجِعُ إِلَى المُوَكِّلِ، وَالوَلَاءُ لِمَن يَقَعُ العِتقُ عَنهُ.

قوله: (بقضاء القاضي بلحاقه)، وهذا ظاهر أما لو لم يقض بلحاقه حتى عاد وأخذ المال، ودخل به دار الحرب؛ ثم ظهر على الدار ففي ظاهر الرواية وهو رواية الجامع[1] تردّ على الورثة أيضًا.

قيل: لو قضي بلحاقه؛ إذ الظاهر أنه لا يعود بعد اللحاق فكان ميتا ظاهرًا؛ لأن القضاء بلحاقه شرط لترجيح جانب عدم العود؛ فيتقرر موته فلما خرج إلينا مُغيرًا ورجع بماله ظاهرًا أنه لا يريد الرجوع إلينا؛ فيتقرر موته من حين اللحوق فيصير ماله لورثته من ذلك الوقت فكان ذلك مال الورثة، وفي بعض روايات السير يكون فيئا؛ لأن بمجرد اللحوق لا يصير المال ملكا لورثته.

قوله: (فكاتبه)؛ أي الابن فالكتابة جائزة خلافا للأئمة الثلاثة[2] **(والمكاتبة)**؛ أي بدل الكتابة والولاء للمرتد الذي أسلم بخلاف ما لو رجع بعد عتق المكاتب؛ فإن الولاء فيه للابن **(بدليلٍ منفذٍ)**، وهو القضاء باللحاق فإذا عاد مسلمًا؛ فقد ثبت له حكم الإحياء فلا يخلفه وارثه؛ لأن الوارث إنما جعل خليفة عنه لاستغنائه، وبعد العود ارتفع الاستغناء ووقعت الحاجة فبطلت الخلافة، وجعل الابن كنائب عنه، وحقوق العقد في الكتابة ترجع إلى المنوب، وجعل هكذا إلا أن الملك انتقل من الابن إلى الأب؛ لأن المكاتب لا يحتمل النقل من ملك إلى ملك إليه أشار شمس الأئمة[3].

---

(١) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير لِلَّكنوي (ص: ٣٠٨).

(٢) انظر: العناية شرح الهداية للبابرتي (٦/ ٨٨)، والبناية شرح الهداية للعيني (٧/ ٢٨٨).

(٣) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٥/ ٤١).

(وَإِذَا قَتَلَ المُرتَدُّ رَجُلا خَطأ ثُمَّ لَحِقَ بِدَارِ الحَربِ، أَو قُتِلَ عَلَى رِدَّتِهِ فَالدِّيَةُ فِي مَال اكتَسَبَهُ فِي حَالِ الإِسلَامِ خَاصَّة عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَا: الدِّيَةُ فِيمَا اكتَسَبَهُ فِي حَالَةِ الإِسلَامِ وَالرِّدَّةِ جَمِيعًا)(*)؛ لِأَنَّ العَوَاقِلَ لَا تَعقِلُ المُرتَدَّ؛ لِانعِدَامِ النُّصرَةِ فَتَكُونُ فِي مَالِهِ. وَعِندَهُمَا: الكَسبَانِ جَمِيعًا مَالُهُ؛ لِنُفُوذِ تَصَرُّفَاتِهِ فِي الحَالَينِ، وَلِهَذَا يَجرِي الإِرثُ فِيهِمَا عِندَهُمَا. وَعِندَهُ: مَالُهُ المُكتَسَبُ فِي الإِسلَامِ؛ لِنَفَاذِ تَصَرُّفِهِ فِيهِ دُونَ المَكسُوبِ فِي الرِّدَّةِ؛ لِتَوَقُّفِ تَصَرُّفِهِ، وَلِهَذَا كَانَ الأَوَّلُ: مِيرَاثا عَنهُ، وَالثَّانِي فَيئًا عِندَهُ.

(وَإِذَا قُطِعَت يَدُ المُسلِمِ عَمدًا فَارتَدَّ - وَالعِيَاذُ بِاللَّهِ - ثُمَّ مَاتَ عَلَى رِدَّتِهِ مِن ذَلِكَ، أَو لَحِقَ بِدَارِ الحَربِ ثُمَّ جَاءَ مُسلِمًا، فَمَاتَ مِن ذَلِكَ، فَعَلَى القَاطِعِ نِصفُ الدِّيَةِ فِي مَالِهِ لِلوَرَثَةِ) أَمَّا الأَوَّلُ: فَلِأَنَّ السِّرَايَةَ حَلَّت مَحَلًّا غَيرَ مَعصُومٍ فَأُهدِرَت، بِخِلَافِ مَا إِذَا قُطِعَت يَدُ المُرتَدِّ ثُمَّ أَسلَمَ فَمَاتَ مِن ذَلِكَ؛ ....

قوله: (وقالا في كسب الإسلام والردة)[1]، وفي بعض النسخ: (جميعًا)، وبقولهما قالت الأئمة الثلاثة[2]، وكذا لو كان حيًّا في دار الإسلام فالدية في ماله.

قوله: (لانعدام النصرة)؛ إذ المسلم [لا ينصر][3] الكافر، والعواقل باعتبار النصرة، وقد عدمت فيكون في ماله.

قوله: (وعنده ماله المكتسب) ماله مبتدأ والمكتسب خبره لا صفة؛ إذ المعنى لا يستقيم على تقدير الصفة.

قوله: (أما الأول)، وهو ما لو مات على ردته.

قوله: (فأهدرت)؛ أي السراية إذ لو لم تهدر لوجب القصاص في العمد والدية في الخطإ؛ لأن القطع صار قتلا فإذا أهدر السراية يضمن دية اليد دون النفس.

قوله: (ومات من ذلك)؛ أي من القطع فإنه لا يضمن القاطع شيئًا، وإن

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) كذا في الأصول الخطية، وتقدم في المتن: (وقالا الدية فيما اكتسبه في حالة الإسلام والردة).

(٢) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (١٠/ ١٠١)، وتبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٣/ ٢٨٧)، الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير للكنوي (ص: ٣٠٨).

(٣) في الأصل: (ينصر)، وفي النسخة الثانية: (لا ينصره)، والمثبت من النسخة الثالثة.

لِأَنَّ الإِهدَارَ لَا يَلحَقُهُ الِاعتِبَارُ، أَمَّا المُعتَبَرُ قَد يُهدَرُ بِالإِبرَاءِ فَكَذَا بِالرِّدَّةِ.

وَأَمَّا الثَّانِي: وَهُوَ مَا إِذَا لَحِقَ، وَمَعنَاهُ: إِذَا قُضِيَ بِلَحَاقِهِ فَلِأَنَّهُ صَارَ مَيِّتًا تَقدِيرًا، وَالمَوتُ يَقطَعُ السِّرَايَةَ، وَإِسلَامُهُ حَيَاةٌ حَادِثَةٌ فِي التَّقدِيرِ، فَلَا يَعُودُ حُكمُ الجِنَايَةِ الأُولَى، فَإِذَا لَم يَقضِ القَاضِي بِلَحَاقِهِ، فَهُوَ عَلَى الخِلَافِ الَّذِي نُبَيِّنُهُ إِن شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى. قَالَ: (فَإِن لَم يَلحَق وَأَسلَمَ ثُمَّ مَاتَ فَعَلَيهِ الدِّيَةُ كَامِلَة) وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ وَزُفَرُ: فِي جَمِيعِ ذَلِكَ نِصفُ الدِّيَةِ(*)؛ لِأَنَّ اعتِرَاضَ الرِّدَّةِ أَهدَرَ السِّرَايَةَ، فَلَا يَنقَلِبُ بِالإِسلَامِ إِلَى الضَّمَانِ، كَمَا إِذَا قَطَعَ يَدَ مُرتَدٍّ فَأَسلَمَ. وَلَهُمَا: أَنَّ

كان معصومًا وقت السراية، ولا يعتبر حالة السراية؛ لأن الجناية متى صارت هدرًا لا يلحقه الاعتبار.

قوله: (**قد يهدر بالإبراء**)، وكذا بالإعتاق، وبالبيع أيضًا حتى لو قطع يد عبد إنسان، ثم باعه مولاه ثم رد عليه بعيب [ثم مات][1] فالجاني لا يضمن للبائع ضمان النفس؛ لأنه لما باعه فقد أبرأه عن ضمان السراية من حيث البيع، ذكره [٢/ ٣٠/ ب] في الفوائد الظهيرية[2].

(**فهو على الخلاف**)[3] [قال الإمام السرخسي[4]: ولو لم يقض بلحاقه حتى عاد مسلمًا فالصحيح أنه على الخلاف؛ لأن القضاء إذا لم يتصل بلحاقه فهو بمنزلة الغيبة في بقاء أملاكه وحقوقه إذا كان مسلمًا][5].

قوله: (**فإن لم يلحق**)؛ أي بعد القطع (**وأسلم**)، أو لحق ولم يقض بلحاقه ثم عاد مسلمًا ثم مات.

قوله: (**لم ينقلب بالإسلام إلى الضمان**)؛ لأن الردة معنى لو مات عليه لم

(*) الراجح: قول الشيخين.

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية، والثالثة.

(٢) انظر: البناية شرح الهداية للعيني (٧/ ٢٩٠)، والبحر الرائق لابن نجيم (٨/ ٣١٧).

(٣) في الأصل: (فهو لا حقيقة)، والمثبت من النسخة الثانية والثالثة.
وقد وقع من هنا في الأصل إلى قوله: (ردة المجنون وإسلامه) سقط وخطأ في الترتيب، وجاء على الصواب في النسخة الثانية، والثالثة.

(٤) انظر: في المبسوط للسَّرَخْسِي (١١/ ٢١٢).

(٥) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية، والثالثة.

الجِنَايَةَ وَرَدَت عَلَى مَحَلٍّ مَعصُوم وَتَمَّت فِيهِ فَيَجِبُ ضَمَانُ النَّفسِ، كَمَا إِذَا لَم تَتَخَلَّل الرِّدَّةُ، وَهَذَا؛ لِأَنَّهُ لَا مُعتَبَرَ بِقِيَامِ العِصمَةِ فِي حَالِ بَقَاءِ الجِنَايَةِ، وَإِنَّمَا المُعتَبَرُ قِيَامُهَا فِي حَالِ انعِقَادِ السَّبَبِ وَفِي حَالِ ثُبُوتِ الحُكمِ، وَحَالَةُ البَقَاءِ بِمَعزِل مِن ذَلِكَ كُلِّهِ، وَصَارَ كَقِيَامِ المِلكِ فِي حَالِ بَقَاءِ اليَمِينِ.

تجب السراية؛ فكذا إذا لم يمت عليه، كعبد قطعت يده ثم باعه المولى ثم اشتراه أو تناقضَا البيع ثم مات لم يجب إلا دية اليد كما لو مات على البيع؛ لأن البيع معنى لو مات عليه لم يجب بالسراية شيء، ولأن البيع معنى يقطع الملك في النفس مع قيام النفس محترمة والردة تبطل حق النفس أصلًا.

وقلنا: الردة ليست بإبراء عن ضمان الجناية لا حقيقةً ولا شرعًا؛ بل هي لتبدل الدين.

ألا ترى أنها تصح من غير إبراء إلا أنه إذا مات على ذلك، لم يجب الضمان لهدر دمه بالردة بخلاف العبد المجني عليه إذ البيع وضع لقطع ملكه؛ فإذا قطع الأصل قصدا فقد قطع البدل أيضًا فصار كالإبراء، كذا في الأسرار[(١)].

قوله: (وتمت فيه)؛ أي في محل معصوم فيوجب كل الدية كما لو لم تتخلل الردة، وبه قالت الأئمة الثلاثة[(٢)].

قوله: (بمعزل من ذلك)؛ أي من انعقاد السبب وثبوت الحكم فلا يعتبر بقاء العصمة في هذه الحالة، كما لا يعتبر نقصان النصاب في خلال الحول في الزكاة، وكما لا يعتبر قيام الملك في حال بقاء اليمين.

وفي المبسوط[(٣)]: ولو كان القاطع هو الذي ارتد فقتل، ومات المقطوع يده من القتل مسلمًا فإن كان عمدًا فلا شيء له؛ لأن الواجب فيه القود وقد فات محله حتى قتل على ردته أو مات، وإن كان خطأ فعلى عاقلة القاطع دية النفس؛ لأنه عند الجناية كان مسلما، وجناية المسلم خطأ على عاقلته، وتبين بالسراية

---

(١) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٣/ ٢٩١)، والعناية شرح الهداية للبابرتي (٦/ ٩٠).

(٢) انظر: العناية شرح الهداية للبابرتي (٦/ ٩٠)، والبناية شرح الهداية للعيني (٧/ ٢٩١)، والبحر الرائق لابن نجيم (٥/ ١٤٨).

(٣) انظر: في المبسوط للسَّرَخْسِي (١٠/ ١٠٨).

(وَإِذَا ارتَدَّ المُكَاتَبُ وَلَحِقَ بِدَارِ الحَربِ وَاكتَسَبَ مَالًا، فَأُخِذَ بِمَالِهِ وَأَبَى أَن يُسلِمَ فَقُتِلَ، فَإِنَّهُ يُوَفَّى مَولَاهُ مُكَاتَبَتَهُ وَمَا بَقِيَ فَلِوَرَثَتِهِ) وَهَذَا ظَاهِرٌ عَلَى أَصلِهِمَا؛ لِأَنَّ كَسبَ الرِّدَّةِ مِلكُهُ إِذَا كَانَ حُرًّا، فَكَذَا إِذَا كَانَ مُكَاتَبًا. وَأَمَّا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ:

أن جنايته كانت قتلًا فكانت على عاقلته، ولو كانت الجناية منه حال الردة كانت الدية[١] في الخطأ في ماله؛ لما بينا أن المرتد لا يعقل جناية أحد.

قوله: (**إذا كان مكاتبًا**)؛ إذ الكتابة لا تبطل بالموت فبالردة أولى.

قوله: (**وأما عند أبي حنيفة...**) إلى آخره، هذا يشكل على قول أبي حنيفة؛ لأن كسب الردة لا يكون للمرتد عنده إذا كان حرًّا، وهاهنا [٢/ ٣١/ ب] جعله ملكًا للمكاتب.

ووجهه؛ أن المكاتب إنما اختص بأكسابه بعقد الكتابة، وعقد الكتابة لا يبطل بالردة؛ لأنه لا يبطل بحقيقة الموت فكذا بالموت حُكمًا؛ بلحوقه بدار الحرب فصارت مكاسبه كمكاسب الإسلام، وجعل كأنه في دار الإسلام، إذ قيام ملك المولى في رقبته يمنع صيرورته حربيًّا، ويجعل في حكم المتردد في دار الإسلام كذا في جامِعَي شمس الأئمة وقاضي خان[٢].

فإن قيل: إن مات عبدا كما قال الشافعي[٣]، يكون كسبه للمولى فإنه عبده وفي يده كسب فيكون لسيده كما قالت الأئمة الثلاثة[٤]، وإن مات حرًّا فيوضع في بيت المال؛ لأنه مال حربي في دار الحرب؛ إذ حريته تكون في آخر جزء من أجزاء حياته فكان ما اكتسبه في حال الردة كسب الحر المرتد فيكون فيئًا عند أبي حنيفة.

قلنا: ذلك جواب القياس، وفي الاستحسان ميراثه لورثته؛ إذ الحكم بحريته بالارتداد بعد الموت في الحقوق المستحقة بالكتابة، وذلك حريته وحرية أولاده، وحقيقة الملك له في المكاسب، وفيما عدا ذلك يعتبر ميتًا عبدًا.

---

(١) كُتب بعدها في الأصل: (كانت الردة كانت الدية)، وليس لها وجه، والمثبت من النسخة الثانية، والثلاثة.

(٢) انظر: البناية شرح الهداية للعيني (٧/ ٢٩٢)، والفتاوى لقاضي خان (٣/ ٣٦٥).

(٣) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب للجويني (٩/ ٢٢).

(٤) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٣/ ٢٩١)، والعناية شرح الهداية للبابرتي (٦/ ٩١).

فَلِأَنَّ المُكَاتَبَ إِنَّمَا يَملِكُ أَكسَابَهُ بِالكِتَابَةِ، وَالكِتَابَةُ لَا تَتَوَقَّفُ بِالرِّدَّةِ فَكَذَا أَكسَابُهُ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يَتَوَقَّفُ تَصَرُّفُهُ بِالأَقوَى وَهُوَ الرِّقُّ، فَكَذَا بِالأَدنَى بِالطَّرِيقِ الأَولَى.

(وَإِذَا ارتَدَّ الرَّجُلُ وَامرَأَتُهُ ـ وَالعِيَاذُ بِاَللَّهِ ـ وَلَحِقَا بِدَارِ الحَربِ فَحَبِلَت المَرأَةُ فِي دَارِ الحَربِ وَوَلَدَت وَلَدًا، وَوُلِدَ لِوَلَدِهِمَا وَلَدٌ، فَظُهِرَ عَلَيهِم جَمِيعًا، ....

ألا ترى أنه لا تنفذ وصيته، وإن مات عن وفاء؛ لأنها ليست من الحقوق المستحقة بالكتابة، وإذا كان كذلك فنقول في حق عدم صيرورته فيئا: يجعل كأنه مات عبدًا، وكسب العبد المرتد لا يكون فيئًا؛ لأنه يصير مال المسلم، ومال المسلم لا يُغنَمُ، وإذا لم يغنم صار لحوقه كموته، ولو مات عن وفاء يوفي مولاه مكاتبته، والباقي لورثته كذا هنا، أشير إليه في الفوائد الظهيرية[١].

قوله: (فكذا بالأدنى) وهو الردة يعني الرق أقوى من الردة في المانعية من التصرف؛ لأن بعض تصرفات المرتد نافذ بالإجماع عنده كالاستيلاد.

وعندهما عامة تصرفاته نافذ، وأما العبد فممنوع عن التصرفات. ثم لمّا لم يتوقف تصرف المكاتب مع كونه رقيقا لم يتوقف تصرفه أيضًا مع كونه مرتدا بالطريق الأولى.

ولو قيل: جاز ألا يمنع كل واحد من الرق والردة من التصرف؛ فإذا اجتمعا منعا كما في الشاهدين؛ إذ كل واحد لا يثبت شيئًا، وبعد الاجتماع يثبت وهاهنا اجتمع كونه مكاتبا ورقيقا ومرتدًّا فجاز أن يمنع.

أجيب عنه أن الكتابة مطلق للتصرف بانفراده فلا يثبت الرجحان بزيادة العلة، كما لو أقام أحد المدعيين شاهدين والآخر أربعة؛ بل الرجحان يثبت بوصف في العلة لا بالعلة لما عرف.

قوله: (فحبلت المرأة في دار الحرب...) إلى آخره، قيل: ذِكرُ دار الحرب وقع اتفاقًا؛ فإنها لو حبلت في دارنا ولحقت به بدار الحرب فالجواب كذلك، ولعل يشتمل على الفائدة، وهي أن العلوق متى كان في دار الحرب كان أبعد عن الإسلام، ومتى كان في دار الإسلام كان أقرب إلى دار الإسلام باعتبار

---

(١) انظر: درر الحكام لابن فرامرز (٢/ ٣٢)، ورد المحتار لابن عابدين (٦/ ١١٤).

فَالوَلَدَانِ فَيءٌ)؛ لِأَنَّ المُرتَدَّةَ تُستَرَقُّ فَيَتبَعُهَا وَلَدُهَا، وَيُجبَرُ الوَلَدُ الأَوَّلُ عَلَى الإِسلَامِ، وَلَا يُجبَرُ وَلَدُ الوَلَدِ.

الدار؛ لكون الدار جهة في الاستتباع فالجبر هناك يكون جبرًا هنا بالطريق الأولى (**فالولدان فيء**)، وقال الشافعي في وجهٍ[١]: يجوز استرقاق ولد المرتد كقولنا، وبه قال أحمد[٢]. وفي قولٍ[٣]: لا يسترق كأبيه وله حكم أبيه، وبه قال مالك[٤].

وفي المحيط[٥]: إذا ولدت لستة أشهر في دار الحرب، من حين اللحاق ثم سُبِيَا يكونان فيئا، ولو ولدت لأقل من ستة أشهر لم يصر الولد فيئًا.

وفي الحلية[٦]: قال أبو حنيفة: إن ولدت في دار الإسلام لم يجز استرقاق الولد فيعلم من هذا فائدة قوله: ولدت في دار الحرب.

قوله: (ويجبر الولد الأول على الإسلام) بإجماع الأئمة الأربعة[٧] بعد أن يصير مميزًا تبعا لأبيه (**ولا يجبر ولد الولد**)؛ لأن الأولاد يتبعون الآباء في الدين والأحفاد لا يتبعون الأجداد فيه لقوله عليه السلام: «**كُلُّ مَولودٍ يولَدُ علَى الفِطرةِ فأبَواهُ يُهوِّدانِهِ**»[٨] الحديث، أي: يتبعان في اليهودية، والاتباع على منافاة الدليل، وإنما صير إليه في الآباء والأمهات نصًّا فبقي من عداهم على ما يقتضيه الدليل.

ولأنه لو جاز استتباع الأجداد الأحفاد؛ لما جاز ضرب الجزية على كافر ما؛ بل يجبرون على الإسلام؛ لأنهم مرتدون إذ هم أولاد آدم وحواء عليهما

---

(١) انظر: الحاوي الكبير للماوردي (١٣/ ١٦٨)، ونهاية المطلب للجويني (١٧/ ٥٤٢).

(٢) الإنصاف للمرداوي (١٠/ ٣٤٤).

(٣) انظر: المغني لابن قدامة (١٠/ ٨٩)، شرح الزركشي (٣/ ٩٣)، الإنصاف للمرداوي (١٠/ ٣٤٤).

(٤) انظر: البيان والتحصيل لابن رشد (٣/ ٣٣)، الذخيرة (١٢/ ٤٢).

(٥) انظر: المحيط البرهاني لابن مازه (٩/ ٣٠٠).

(٦) حلية العلماء للشاشي (٧/ ٦٣٠).

(٧) انظر: البناية شرح الهداية للزيلعي (٧/ ٣٩٢)، تبيين الحقايق للفخر الزيلعي (٣/ ٢٩١)، الإشراف لابن المنذر (٨/ ٦٩).

(٨) أخرجه البخاري (٢/ ١٠٠ رقم ١٣٨٥)، ومسلم (٤/ ٢٠٤٨ رقم ٢٦٥٨) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

وَرَوَى الحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهُ يُجبَرُ تَبَعا لِلجَدِّ، وَأَصلُهُ: التَّبَعِيَّةُ فِي الإِسلَام، وَهِيَ رَابِعَةُ أَربَعِ مَسَائِلَ كُلُّهَا عَلَى الرِّوَايَتَينِ. وَالثَّانِيَةُ: صَدَقَةُ الفِطرِ. وَالثَّالِثَةُ: جَرُّ الوَلَاءِ. وَالأُخرَى: الوَصِيَّةُ لِلقَرَابَةِ.

السلام أو أولاد نوح عليه السلام، وإذا كان كذلك كان الولد مرتدًّا تبعًا لأبويه ولا يكون الحافد مرتدا تبعا لجده والمرتد يجبر على الإسلام وغيره لا يجبر.

ولا يجوز أن يصير الحافد مرتدًّا تبعًا لأبيه؛ لأن أباه كان مرتدًّا تبعًا [٢/ ٣٢/أ] لأبيه حكمًا وضرورةً، (١)ولهذا يجبر على الإسلام إن كان بالغًا بالحبس لا بالقتل خلافًا لمالك؛ لأن ارتداده لم يكن عن اعتقاد؛ بل كان بطريق الاستتباع فلا يستوجب القتل، وما ثبت ضرورة يكون عدمًا فيما وراء الضرورة، ولا ضرورة في حق ولد الولد فلا تظهر ردة الولد في حقه فلا يجعل مرتدا تبعا له.

(وروى الحسن عنه أنه يجبر تبعًا للجد)؛ إذ الجبر على الإسلام كالإسلام، وولد الولد يتبع الجد في الإسلام في رواية الحسن فكذا في الجبر إذ التبعية في حق الأب للتفرغ، والتفرغ ثابت في حق الجد، ولهذا [كان](٢) بمنزلة الأب في النكاح وبيع مال الصغير.

قوله: (والثانية صدقة الفطر) فإن الأب إذا كان فقيرًا أو عبدًا والجد موسر؛ فطرة الحافد عليه.

وصورة **(جَرِّ الولاء)** إذا أعتق الجد، والحافد حرٌّ وأمّه معتقة الغير، وولاؤه لمولى أمه والأب عبد هل يعتبر ولاء الحافد لمولى الأم أم لا؟.

وصورة **(الوصية للقرابة)** إن أوصى رجل لذوي قرابته، لا يدخل الولدان فيها، ويدخل الجد في ظاهر الرواية، وفي رواية الحسن: لا يدخل كذا في جامع قاضي خان والفوائد الظهيرية(٣).

---

(١) الكلام من هنا موجود في ص (٣٠ ب) من الأصل، وذلك بسبب الخطأ الذي وقع في ترتيبه.

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثالثة.

(٣) العناية في شرح الهداية للبابرتي (٦/ ٩٣)، البناية شرح الهداية للعيني (٧/ ٣٩٢)، بدائع الصنائع للكاساني (٤/ ١٦٧).

قَالَ: (وَارتِدَادُ الصَّبِيِّ الَّذِي يَعقِلُ ارتِدَادٌ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّد، وَيُجبَرُ عَلَى الإِسلَامِ وَلَا يُقتَلُ، وَإِسلَامُهُ إِسلَامٌ، وَلَا يَرِثُ أَبَوَيهِ إِن كَانَا كَافِرِينِ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: ارتِدَادُهُ لَيسَ بِارتِدَادٍ وَإِسلَامُهُ إِسلَامٌ)(*) وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ: إِسلَامُهُ لَيسَ بِإِسلَامٍ وَارتِدَادُهُ لَيسَ بِارتِدَادٍ. لَهُمَا فِي الإِسلَامِ: أَنَّهُ تَبَعٌ لِأَبَوَيهِ فِيهِ فَلَا يُجعَلُ أَصلًا.

قوله: (ارتداد الصبي الذي يعقل...) إلى آخره فقال مالك[١] وأحمد[٢] في ظاهر روايته كقولهما في ردته وصحة إسلامه.

قوله: (ويجبر على الإسلام ولا يقتل)، وإن بلغ كافرًا ولكنه يحبس، كذا ذكره التمرتاشي.

وعند مالك[٣] وأحمد[٤]: يقتل إذا بلغ ولم يرجع صار أهلا للعقوبة.

وقال أبو يوسف[٥]: ارتداده ليس بارتداد وإسلامه إسلام وبه قال أحمد[٦] في رواية وسحنون المالكي.

وفي المحيط[٧]: عن أبي مالك عن أبي يوسف أن أبا حنيفة رجع إلى قول أبي يوسف.

قال ابن المنذر: هذا الخلاف في الصبي المميز، ولا خلاف لأهل العلم في الذي لم يعقل أنه لا تصح ردته ولا إسلامه؛ إذ لا حكم لكلامه كالمجنون.

قوله: (أنه) أي الصبي **(تبع لأبويه فيه)** في الإسلام **(فلا يجعل أصلا فيه)** لاستحالة أن يكون تبعًا ومتبوعًا في حكم واحد، ولأن التبعية سمة العجز والأصالة دليل القدرة وبين العجز والقدرة تنافٍ وتضادّ، ثم إسلامه يصح بطريق

(*) الراجح: قول أبي حنيفة ومحمد.

(١) انظر: الذخيرة للقرافي (١٢/ ١٥)، الفواكه الدواني للنفراوي (٢/ ٢٠٠).

(٢) انظر: المغني لابن قدامة (١٠/ ٨٨)، شرح الزركشي (٣/ ٩٣).

(٣) انظر: الذخيرة للقرافي (١٢/ ١٥)، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني (٢/ ٣١٥).

(٤) انظر: المغني لابن قدامة (١٠/ ٨٨)، شرح الزركشي (٣/ ٩٣).

(٥) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير للكنوي (ص: ٣٠٦)، والعناية شرح الهداية للبابرتي (٦/ ٩٤).

(٦) المغني لابن قدامة (١٠/ ٨٨)، الإقناع في مذهب الإمام أحمد للحجاوي (٤/ ٣٠١).

(٧) انظر: تبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٣/ ٢٩٢).

وَلِأَنَّهُ يَلزَمُهُ أَحكَامًا تَشُوبُهَا المَضَرَّةُ فَلَا يُؤَهَّلُ لَهُ. وَلَنَا فِيهِ: أَنَّ عَلِيًّا ﵁ أَسلَمَ فِي صِبَاهُ، وَصَحَّحَ النَّبِيُّ ﷺ إسلَامَهُ، وَافتِخَارُهُ بِذَلِكَ مَشهُورٌ.

التبعية بالإجماع فلا يصح بطريق الأصالة (**ولأنه**) تلحقه (**أحكامًا تشوبها**[(١)] المضرة) كحرمان الإرث والفرقة بينه وبين امرأته المشركة (**فلا يؤهّل له**) كالطلاق والعتاق[(٢)].

قوله: (**وافتخاره**) أي: افتخار عليّ بذلك مشهور حتى كان يقول:

سَبَقْتُكُمُ إلَى الإيمَانِ طُرًّا غُلامًا مَا بَلَغْتُ أوانَ حُلُمِي

وقيل: أول من أسلم من الرجال أبو بكر، ومن النساء خديجة، ومن الصبيان علي، ومن العبيد بلال.

واختلفت الروايات في سِنّه حين أسلم وحين مات، فقال جعفر بن محمد: أسلم وهو ابن خمس، ومات وهو ابن ثمان وخمسين؛ لأنه دعاه إلى الإسلام في مبعثه ومدة البعثة ثلاثة وعشرون سنة، والخلافة بعده ثلاثون انتهت بموت علي؛ فإذا ضممت خمسًا إلى ثلاث وخمسين يصير ثمانيًا وخمسين[(٣)].

وقال القتبي: أسلم وهو ابن سبع سنين ومات وهو ابن ستين بهذا الطريق أيضًا[(٤)].

وفي الكافي[(٥)]: والتعلق به مشكل؛ إذ لم ينقل أنه عليه السلام صحح إسلامه في أحكام الدنيا من حرمان الميراث ووقوع الفرقة، وإن قلت: صحّت في أحكام الآخرة فهذا مُسلَّم ولا كلام فيه، وإنما الكلام في أحكام الدنيا.

فإن قلت: ذكره مطلقًا فانصرفت إليهما.

قلنا: هي حكاية حال فلا عموم له، وأحكام الآخرة مرادة فلا يراد غيره، أجيب أنه عليه السلام صحح صلاته وصومه وغزوه حتى أعطى له السهم، فعلم أنه عليه السلام صححه في أحكام الدنيا أيضًا.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية، والثالثة.

(٢) انظر: العناية شرح الهداية للبابرتي (٦/ ٩٤).

(٣) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (١٠/ ١٢١).

(٤) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (١٠/ ١٢١)، وفيه: (وقال العتيبي).

(٥) انظر: البناية شرح الهداية للعيني (١٣/ ٧٢).

وَلِأَنَّهُ أَتَى بِحَقِيقَةِ الإِسلَامِ وَهِيَ التَّصدِيقُ وَالإِقرَارُ مَعَهُ؛ لِأَنَّ الإِقرَارَ عَن طَوعٍ دَلِيلٌ عَلَى الِاعتِقَادِ عَلَى مَا عُرِفَ وَالحَقَائِقُ لَا تُرَدُّ، وَمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ سَعَادَةٌ أَبَدِيَّةٌ وَنَجَاةٌ عَقبَاوِيَّةٌ، وَهِيَ مِن أَجَلِّ المَنَافِعِ وَهُوَ الحُكمُ الأَصلِيُّ، ثُمَّ يُبتَنَى عَلَيهِ غَيرُهَا فَلَا يُبَالِي بِشَوبِهِ.

(**ولأنه أتى بحقيقة الإسلام**) إذ هو تصديق بالجنان وإقرار باللسان، وهو من أهله فوجب ألا يرد كالبالغ؛ إذ الكلام في صبي عاقل يفهم الحجة على وحدانية الله تعالى، ونبوة محمد ﷺ حتى إذا ناظر أَفْهَمَ المُوَحِّدَ وأفحَمَ المُلْحِدَ، والاعتقاد باطن لا يوقف عليه فأقيم السبب الظاهر وهو (**الإقرار عن طوع**) مقامه. ألا ترى أنه مع الصبا أهل للرسالة قال تعالى: ﴿وَءَاتَيْنَٰهُ ٱلْحُكْمَ صَبِيًّا﴾ [مريم: ١٢].

ثم بعد وجود الشيء من أهله حقيقة؛ إما أن يسقط اعتباره بحجر شرعي والحجر عن الإسلام باطل أو لا يحكم بصحته لضرر يلحقه وذا باطل لأنه سبب للفوز الأبدي فكان محض منفعة في الدنيا والآخرة (**وهو الحكم الأصلي**) الموضوع له (**ثم**) قد (**يبتنى عليه**) [٢/ ٣١/ أ] حرمان الإرث والفرقة فلا يبالي بذلك؛ لأن المنظور إليه في التصرفات الموضوعات الأصلية.

ألا ترى أن ذا يثبت إذا جعل مسلما تبعا لغيره، والتبعية فيما يتمحض نفعًا لا فيما يشوبه ضرر، وكونه مُوَلًّى عليه لا ينفي كونه وليًّا بل يثبت الأمران لينتفع بهما.

وهذا لأنه لما كان قاصر الأهلية صلح مولىً ولما كان صاحب أصل الأهلية صلح وليًّا فمتى جعلناه وليًّا لم نجعله مُولىً عليه ومتى جعلناه مولىً عليه لم نجعله وليًّا فيه فإنه إذا صار مسلمًا بإسلام نفسه لا يكون تبعًا لأبويه وإذا كان مسلمًا تبعًا لا يكون مسلمًا بإسلام نفسه فلا يكون بينهما منافاة.

ولأن الجمع بين معنى التبعية والأصالة؛ إنما لا يجوز إذا كان بينهما مضادة فأما إذا تأيد أحدهما بالآخر فذلك يستقيم، كما في المرأة تسافر مع زوجها ونوت السفر؛ فهي مسافرة بنيتها مقصودة وتبع لزوجها أيضًا، كذا في المبسوط[١].

---

(١) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (١٠/ ١٢٠)، وتبيين الحقائق للفخر الزيلعي (٣/ ٢٩٣).

وَلَهُم فِي الرِّدَّةِ: أَنَّهَا مَضَرَّةٌ مَحضَةٌ، بِخِلَافِ الإِسلَامِ عَلَى أَصلِ أَبِي يُوسُفَ؛ لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهِ أَعلَى المَنَافِعِ عَلَى مَا مَرَّ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّد فِيهَا: أَنَّهَا مَوجُودَةٌ حَقِيقَة، وَلَا مَرَدَّ لِلحَقِيقَةِ كَمَا قُلنَا فِي الإِسلَامِ، إِلَّا أَنَّهُ يُجبَرُ عَلَى الإِسلَامِ لِمَا فِيهِ مِن النَّفعِ لَهُ، وَلَا يُقتَلُ؛ لِأَنَّهُ عُقُوبَةٌ، وَالعُقُوبَاتُ مَوضُوعَةٌ عَن الصِّبيَانِ ....

قوله: **(ولهم)**، أي: لأبي يوسف وزفر والشافعي[1] أنها أي: الردة **(مضرة)**، أي: من التصرفات الضارة المحضة والصبي لا يؤهل للضارّ المحض كالهبة.

قوله: **(كما قلنا في الإسلام)**. فإن قيل: لا يستقيم هذا القياس؛ لأن الردة ليست نظير الإسلام؛ لما ذكرنا أنه نفع محض والردة ضارة محضة فكيف يستقيم قياس أحدهما بالآخر؟ ألا ترى أن الهبة لا تصح بالإجماع وقبول الهبة يصح لأنه نفع محض وردها باطل لأنه ضرر محض.

قلنا: هذا منا اعتبار الشيء بعد وجود حقيقته فبعد ذلك لا يعتبر أنه نفع أو ضرر، وهذا لأن الردة جهل يخالفه، وجهله في سائر الأشياء يعتبر حتى لا يجعل عارفا إذا علم جهله فعلم أن قياس الردة بالإسلام صحيح من حيث اعتبار الشيء بعد وجود حقيته.

وبعذر الصِّبا لا يجعل ما وجد منه حقيقة غير موجودة؛ فإنه إذا صام وأكل عمدا ينعدم الصوم لوجود حقيقة الأكل، ولا يعذر بعذر الصِّبا، ولأن من ضرورة كونه أهلا للعقد أهلا لرفعه، كما أنه إذا كان أهلًا لعقد الإحرام كالصلاة كان أهلًا للخروج منهما، وإنما لم يصح منه رد الهبة لما فيه من نقل الملك إلى غيره. ألا ترى أن ضرر الردة يلحقه بطريق التبعية إذا ارتد أبواه، ولحاقه بدار الحرب وضرره على الخلاف[2].

قوله: **(ولا يقتل)** أي استحسانا، أما في القياس يقتل؛ لارتداده بعد إسلامه.

---

(١) انظر: العناية شرح الهداية للبابرتي (٦/ ٩٦)، البناية شرح الهداية للعيني (٧/ ٢٩٥).

(٢) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (١٠/ ١٢٢).

مَرحَمَةً عَلَيهِم. وَهَذَا فِي الصَّبِيِّ الَّذِي يَعقِلُ. وَمَن لَا يَعقِلُ مِن الصِّبيَانِ لَا يَصِحُّ

وفي النهاية: جنس هذه المسألة في أربعة مواضع:

أحدها: في الذي أسلم تبعا لأبيه إذا بلغ مرتدا؛ ففي القياس يقتل وهو قول مالك[١] والشافعي[٢]، وفي الاستحسان لا يقتل؛ لأنه ما كان مقصودًا بنفسه، وإسلامه يثبت تبعًا لغيره فيصير ذلك شبهة في إسقاط القتل عنه، وإن بلغ مرتدًّا.

والثاني: أسلم في صغره ثم بلغ مرتدًّا فهو على هذا القياس والاستحسان؛ لقيام الشبهة بسبب اختلاف العلماء في صحة إسلامه في الصغر.

والثالث: إذا ارتد في صغره.

والرابع: المكره على الإسلام إذا ارتد فإنه لا يقتل استحسانا؛ إذ الحكم بإسلامه من حيث الظاهر، ولكن قيام السيف على رأسه دليل على عدم اعتقاده فيصير ذلك شبهة في إسقاط القتل، وفي جميع ذلك يجبر على الإسلام، ولو قتله قاتل قبل أن يسلم لا يلزمه شيء، كله من المبسوط[٣].

قوله: (مرحمة عليهم) قيل: في هذا التعليل نظر؛ لأنه أسقط عقوبة القتل من الصبي المرتد باعتبار المرحمة لصباه، وما أسقط عقوبة النار مخلّدًا فإنه ذكر في الأسرار[٤]، والمبسوط[٥] وجامع التمرتاشي[٦]: أنه يعاقب بالردة يوم القيامة، وأحال التمرتاشي هذه الرواية إلى التبصرة، وصرح فيها بالتأبيد كمن كفر من الصغير والصغيرة من غير ارتداد؛ فأولى أن يخلد في النار المرتد؛ لأن كفر المرتد أغلظ فأولى في التعليل ما ذكره في المبسوط؛ إنما لا يقتل لقيام الشبهة بسبب اختلاف العلماء في صحة إسلامه في الصغر.

---

(١) انظر: البيان والتحصيل (٢/ ٢١٤).

(٢) انظر: البيان في مذهب الإمام الشافعي للعمراني (٨/ ٤١).

(٣) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (١٠/ ١٢٣)، البحر الرائق لابن نجيم (٥/ ١٥٠)، درر الحكام لابن فرامرز (١/ ٣٠٥).

(٤) انظر: العناية شرح الهداية للبابرتي (٦/ ٩٧)، والبناية شرح الهداية للعيني (٧/ ٢٩٦).

(٥) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٥/ ٢٢).

(٦) انظر: العناية شرح الهداية للبابرتي (٦/ ٩٧)، والبناية شرح الهداية للعيني (٧/ ٢٩٦).

ارتِدَادُهُ؛ لِأَنَّ إقرَارَهُ لَا يَدُلُّ عَلَى تَغَيُّرِ العَقِيدَةِ، وَكَذَا المَجنُونُ وَالسَّكرَانُ الَّذِي لَا يَعقِلُ.

قوله: (والسكران الذي لا يعقل) أي لا يصح ارتداده وبه قال مالك[١] وأحمد في رواية[٢] والشافعي في قول[٣]. وقال في قول[٤] وأحمد[٥]: يصح ارتداده كطلاقه.

وقلنا: الردة تبتني على تبدل الاعتقاد، ونحن نعلم أن السكران غير معتقد لما يقول ولا خلاف في عدم صحة ردة المجنون وإسلامه.

فروع

وتقبل الشهادة على الردة من عدلين باتفاق أكثر أهل العلم.

قال ابن المنذر[٦]: لا نعلم أحدًا خالفهم إلا الحسن قال: لا يقبل في القتل إلا أربعة قياسًا على الزنا.

وقلنا: شهادة في غير الزنا فتقبل من عدلين بالنصوص كما في السرقة، واعتباره بالزنا غير صحيح؛ لأن ذلك ثبت بالنص على خلاف القياس.

قتل المرتد إلى الإمام عند عامة أهل العلم إلا عند الشافعي وجه في العبد إلى سيده.

ومن أصاب حدًّا ثم ارتدَّ ثم أسلم إن لم يلحق بدار الحرب أقيم عليه الحدّ، وإن لحق لا، وبه قال الثوري[٧].

وقال الشافعي[٨] وأحمد[٩]: أقيم عليه الحد سواء لحق بدار الحرب أو لم يلحق.

---

(١) انظر: الذخيرة للقرافي (١٢/ ١٥).
(٢) انظر: المغني (٩/ ٢٦)، وشرح الزركشي (٦/ ٢٦٨).
(٣) البيان للعمراني (١٢/ ٣٩)، التبيه في الفقه الشافعي (ص: ٢٣١)، نهاية المطلب (١٧/ ١٦٠).
(٤) المجموع شرح المهذب للنووي (١٩/ ٢٢٤)، التنبيه في الفقه الشافعي (٢٣١).
(٥) انظر: المغني (٩/ ٢٥)، شرح الزركشي (٦/ ٢٦٨).
(٦) انظر: الإجماع لابن المنذر (ص: ١٢٨).
(٧) انظر: البناية شرح الهداية للعيني (٧/ ٢٩٦).
(٨) انظر: البيان في مذهب الإمام الشافعي (١٢/ ٥٧).
(٩) انظر: المغني (١٠/ ١٠١)، والشرح الكبير(١٠/ ١١٠).

....

ولا تقبل توبة الساحر في رواية[١] وبه قال مالك[٢] وأحمد في رواية[٣].

وقال الشافعي[٤] وأحمد[٥]: تقبل توبة كل مرتد سواء كان كفره مما يتظاهر به أهله أومما يستتر به أهله، كالزندقة والتعطيل.

ثم للسحر حقيقة وله تأثير في إيلام الأجسام وقال بعض أصحاب الشافعي[٦] وبعض الظاهرية[٧]: لا حقيقة له ولا يؤثر في الجسم إنما هو تخييل.

وعن أصحابنا[٨]: إن كان شيئًا يصل إلى بدن المسحور كدخان ونحوه يجوز أن يؤثر، وإن لم يصل إلى بدنه.

وتعلم السحر وتعليمه حرام بلا خلاف من أهل العلم، ولو اعتقد إباحته كفر، وعن أصحابنا[٩] ومالك[١٠] وأحمد[١١] يكفر الساحر بتعلمه وفعله سواء اعتقد تحريمه أو لا ويقتل.

وهكذا روي عن عمر وعثمان وابن عمر، وجندب بن عبد الله وجندب بن كعب، وقيس بن سعد وعمر بن عبد العزيز؛ فإنهم قتلوه بدون الاستتابة.

---

(١) انظر: فتح القدير (٦/ ٩٨)، والبناية شرح الهداية(٧/ ٢٩٦)، و البحر الرائق (٥/ ١٣٦).

(٢) انظر: النوادر والزيادات (١٤/ ٥٣٣)، والإشراف على نكت مسائل الخلاف (٢/ ٨٤٦)، والبيان والتحصيل (١٦/ ٤٤٤).

(٣) انظر: المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين (٢/ ٣٠٣)، والمغني (١٠/ ١١٣)، والشرح الكبير (١٠/ ٩١)، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (١٠/ ٣٣٥).

(٤) انظر: الحاوي الكبير (١٣/ ١٥٢)، ونهاية المطلب في دراية المذهب (١٧/ ١٦٢)، والبيان في مذهب الإمام الشافعي (١٢/ ٤٩)، وروضة الطالبين(٧ / ٢٩٦).

(٥) انظر: الشرح الكبير (١٠/ ٨٩)، وشرح الزركشي(٣/ ٨٥)، والإنصاف في معرفة الراجح (١٠/ ٣٣٢).

(٦) انظر: البيان في مذهب الإمام الشافعي (١٢/ ٦٣)، وكفاية النبيه (١٥/ ٣٦٠).

(٧) انظر: المحلّى لابن حزم (١/ ٢١).

(٨) انظر: فتح القدير (٦/ ٩٩)، والبناية شرح الهداية (٧/ ٢٩٧).

(٩) انظر: فتح القدير (٦/ ٩٩)، والبناية شرح الهداية (٧/ ٢٩٧)، و رد المحتار (٤/ ٢٤٠).

(١٠) انظر: النوادر والزيادات (١٤/ ٥٣٢)، والبيان والتحصيل (١٦/ ٤٤٣)، والذخيرة (١٢/ ٣٢).

(١١) انظر: المغني (١٠/ ١٠٤)، والشرح الكبير(١٠/ ١١٣)، والفروع وتصحيح الفروع.

....

وعند الشافعي[١] لا يقتل ولا يكفر إلّا إذا اعتقد إباحته.

وإنما الكاهن قيل: هو الساحر. وقيل: هو العرّاف الذي يحدّث ويتخرّص. وقيل: الذي له رِئْيٌ من الجن يأتيه بالأخبار؛ فقال أصحابنا[٢] إن اعتقد أن الشياطين يفعلون ما يشاء كفر، وإن اعتقد أنه تخييل لم يكفر.

وعند الشافعي[٣] إن اعتقد ما يوجب الكفر مثل التقرب إلى الكواكب السبعة، وأنها تفعل ما يلتمس يكفر.

وعند أحمد[٤] حكمه حكم الساحر، وفي رواية[٥]: يقتل لقول عمر رضي الله عنه اقتلوا الساحر والكاهن، وفي رواية[٦] إن تاب يدرأ[٧] عنه القتل.

ولا يقبل من المرتدين إن ظهرنا عليهم إلا الإسلام أو السيف كمشركي العرب فتقسم [٢/ ٣٢/ب] الأموال والأراضي بين المسلمين، ويوضع على الأراضي العشر، ولو قسم أموالهم ونساءهم وذراريهم، ونقل إلى أراضيهم قوم ذمة يؤدون الجزية والخراج عن الأراضي جاز.

ولو أسلموا بعد ما ظهرنا عليهم فهم أحرار؛ لأنهم لا رق عليهم، والإمام إن شاء قسم أموالهم وأراضيهم وهي عشرية، وإن شاء منّ عليهم بأموالهم وأراضيهم وجعل الأراضي عشرية لأنهم مسلمون، وإن شاء وضع الخراج عليها بخلاف أهل الحرب، لو أسلموا بعد ما ظهر عليهم فهم ونساؤهم وأموالهم وذراريهم فيء للغانمين ووضع على أراضيهم العشر أو الخراج؛ لأن إسلامهم بعدما صاروا فيئًا للمسلمين.

---

(١) الحاوي الكبير (١٣/ ٩٦)، ونهاية المطلب (١٧/ ١٢٠).

(٢) انظر: فتح القدير (٦/ ٩٩)، والبناية (٧/ ٢٩٧)،والنهر الفائق (٣/ ٢٥٤)، وردالمحتار (٤/ ٢٤٠).

(٣) انظر :الحاوي الكبير (١٣/ ٩٧)، والبيان(١٢/ ٦٦)،والعزيزشرح الوجيز (١١/ ٥٦).

(٤) انظر:المغني (١٠/ ١١٤)، والشرح الكبير (١٠/ ١١٨)،والفروع وتصحيح الفروع (١٠/ ٢٠٨).

(٥) انظر:المغني(١٠ / ١١٤)، والفروع وتصحيح الفروع (١٠/ ٢٠٨).

(٦) انظر: المغني (١٠/ ١١٤)، والفروع وتصحيح الفروع (١٠/ ٢٠٨).

(٧) جاء في فتح القدير (٦/ ٩٩) : وفي رواية إن تاب لم يقتل.

بَابُ البُغَاةِ

باب البغاة

أخَّر هذا الباب عن المرتد لقلة وجوده.

البغاة: جمع الباغي، كالقضاة والغزاة، جمع القاضي والغازي، والبغي: الخروج على إمام الحق.

والبغي لغة: الطلب، قال تعالى: ﴿مَا كُنَّا نَبْغِۚ﴾ [الكهف:٦٤]، وخص هاهنا بطلب ما لا يجوز شرعًا.

ثم اعلم أن طاعة الإمام الحق، وهو الذي اجتمع عليه المسلمون أو من تثبت إمامته بعهد إمام الحق واجب، وكل من خرج عليه يجوز قتاله لقوله عليه السلام: «**مَن أعْطَى إمامًا صَفقةَ يدِهِ وثمرةَ قلبِهِ فليُطِعهُ ما اسْتطاعَ؛ فإنْ جاءَ آخرُ يُنازِعُهُ فاضْرِبوا عُنُقَ الآخَرِ**» رواه مسلم(١)، وقال عليه السلام: «**سَيكونُ هِناتٍ وَهِناتٍ** ـ ورفع صوته ـ **أَلَا مَنْ خرجَ علَى أمّتِي وهُمْ جَمْعٌ؛ فاضْرِبوا عُنقَهُ بالسّيفِ كائِنًا مَنْ كانَ**»(٢)، وأجمعت الصحابة رضي الله عنهم على قتال البغاة(٣).

ثم الخارجون عن قبضة الإمام أصناف أربعة:

أحدها: قوم امتنعوا عن طاعته وخرجوا عن قبضته بلا تأويل؛ فهم قطاع الطريق وقد بيّنّا أحكامهم.

والثاني: نفر يسير لهم تأويل ولا منعة لهم؛ فهم كقطاع الطريق إلا عند أبي بكر الحنبلي(٤) فإن عنده هم البغاة سواء كانوا قليلًا أو كثيرًا.

الثالث: الخوارج يُكَفِّرونَ أهلَ الحق وأصحابَ رسول الله ﷺ، مثل عثمان وعلي وطلحة والزبير وكثير من الصحابة، ويستحلّون دماء المسلمين وأموالهم، وقتل الصحابة إلا من خرج معهم؛ فظاهر قول جمهور الفقهاء(٥) وجمهور

---

(١) أخرجه مسلم (٣/ ١٤٧٢ رقم ١٨٤٤) من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما.

(٢) أخرجه مسلم (٣/ ١٤٧٩ رقم ١٨٥٢) من حديث عرفجة رضي الله عنه.

(٣) انظر: المغني لابن قدامة (١٠/ ٤٦)، وروضة الطالبين للنووي (١٠/ ٥٠).

(٤) انظر: المغني (١٠/ ٤٦)، والشرح الكبير (١٠/ ٥٠).

(٥) انظر: السير الكبير (١/ ٣٧٠)، وبدائع الصنائع (٧/ ١٤٠)، وتبيين الحقائق (٣/ ٢٩٣)، ونهاية المطلب (١٧/ ١٤٠)، والوسيط في المذهب (٦/ ٤١٦)، وروضة الطالبين (٧/ ٢٧٢)، والكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ١٤٦)، والمغني (١٠/ ٤٦)، والشرح الكبير (١٠/ ٥٠).

....

[أهل][1] الحديث[2] أن حكمهم حكم البغاة، ومالك[3] يرى استتابتهم فإن تابوا وإلّا قُتِلوا؛ دفعًا لفسادهم لا لكفرهم.

وقال بعض أهل الحديث[4]: أنهم مرتدّون وحكمهم حكم المرتدّين لقوله عليه السلام: «**يخرجُ قومٌ في آخِرِ الزّمانِ أحْداثُ الأسنانِ سُفهاءُ الأحلامِ يقولونَ مِن قَولِ خيرِ البَرِيّةِ يقرؤونَ القرآنَ لا يُجاوِزُ حناجِرهُمْ يمرُقونَ من الدِّينِ كَما يَمرُقُ السّهمُ مِنَ الرّميةِ فأينَما لقيتُموهُم فاقتلوهُمْ فإنّ في قَتلِهِمْ أجرٌ لمَنْ قَتلهُمْ يومَ القيامةِ**» رواه البخاري[5].

وعن أبي أمامة أنه رأى رؤوسًا منصوبة على درج مسجد دمشق فقال: «**كلابُ أهلِ النّار كلابُ أهلِ النّارِ كلابُ أهلِ النّارِ**» قد كان هؤلاء مسلمين فصاروا كفارًا. قيل يا أبا أمامة هذا شيء تقوله قال: بل سمعت رسول الله ﷺ يقوله، وأكثر الفقهاء[6] على أنهم بغاة لا يرون تكفيرهم.

قال ابن المنذر: لا أعلم أحدًا وافق أهل الحديث على تكفيرهم[7].

وفي المحيط[8]: في تكفير أهل البدع كلام فبعض العلماء لا يُكفِّرون أحدًا، وبعضهم يكفّرون البعض، وهو أن كل بدعة تخالف دليلًا قطعيًّا فهو كفر، وكل بدعة لا تخالف دليلا يوجب العلم فهو بدعة وضلال، وعليه اعتمد عامة أهل السنة والجماعة[9].

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٢) انظر: المغني (١٠/ ٤٦)، ورد المحتار (٤/ ٢٣٧).

(٣) انظر: المدونة لابن القاسم (١/ ٥٣٠)، والكافي في فقه أهل المدينة (١/ ٤٨٦)، والذخيرة (١٢/ ٦)، والتاج والإكليل (٦/ ٢٧٨).

(٤) انظر: رد المحتار (٤/ ٢٣٧)، وفتح القدير (٦/ ١٠٠)، والمغني (١٠/ ٤٦)، وكشاف القناع (٦/ ١٦١).

(٥) أخرجه البخاري (٩/ ١٦ رقم ٦٩٣٠) ومسلم (٢/ ٧٤٦ رقم ١٠٦٦) من حديث سويد بن غفلة رضي الله عنه.

(٦) انظر: المغني (١٠/ ٤٦)، ورد المحتار (٤/ ٢٣٧).

(٧) انظر: الإشراف على مذاهب العلماء (٨/ ٢٢٥).

(٨) انظر: الإشراف على مذاهب العلماء (٨/ ٢٢٥).

(٩) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٢/ ٢٩١).

(وَإِذَا تَغَلَّبَ قَومٌ مِن المُسلِمِينَ عَلَى بَلَدٍ، وَخَرَجُوا مِن طَاعَةِ الإِمَامِ، دَعَاهُم إِلَى العَودِ إِلَى الجَمَاعَةِ وَكَشَفَ عَن شُبهَتِهِم)؛ لِأَنَّ عَلِيًّا فَعَلَ كَذَلِكَ بِأَهلِ حَرُورَاءَ قَبلَ قِتَالِهِم، وَلِأَنَّهُ أَهوَنُ الأَمرَينِ. وَلَعَلَّ الشَّرَّ يَندَفِعُ بِهِ فَيُبدَأُ بِهِ.

(وَلَا يَبدَأُ بِقِتَال حَتَّى يَبدَؤُوهُ، فَإِن بَدَؤُوهُ قَاتَلَهُم حَتَّى يُفَرِّقَ جَمعَهُم) قَالَ العَبدُ

وأجمعت الأمة على تضليل أهل البدع وتخطئتهم إلا العنبري وهو عبد الله البصري فإنه خالف الأمة، وقال: المجتهدون في المعتقدات مصيب وهو كفر.

أصل هذا ما ذكر محمد بن الحسن حديث كثير بن نمر الحضرمي أنه قال: دخلت مسجد الكوفة فإذا خمسة نفر يسبون عليًّا، ويعاهدون قتله فأتيت عليًّا وأخبرته فقال علي: ويحك خلِّ عن الرجل... الحديث؛ فعلم منه أن سب علي وقتله لا يكون كفرًا، وعلم أن الخوارج مسلمون إلا من استحل قتل علي؛ فإن من استحل قتل مسلم يكفر، وعلم منه أن حكم البغي لا يثبت ما لم يتغلبوا ويجتمعوا وتصير لهم منعة.

والرابع: قوم مسلمون خرجوا على الإمام الحق فهؤلاء البغاة.

وفي المحيط: الخوارج قوم خرجوا على علي يوم الحكمين وهو عمرو بن العاص من جانب معاوية، وأبو موسى الأشعري من جانب علي والقصة معروفة.

قوله: (**إذا تغلب**...) إلى آخره يقال: تغلَّب عليَّ بكذا؛ أي استولى قهرًا.

و(**حروراء**) ـ بالحاء المهملة، تمدّ وتقصر ـ: قرية كان بها اجتماع الخوارج.

[٢/ ٣٣/ أ] قيل: في سبب خروجهم أن عليًّا لما حكّم أبا موسى الأشعري بينه وبين معاوية، خرجت طائفة من المسلمين على علي وقالوا: القتال واجب بالنَّصِّ، وعلي ترك القتال بالتحكيم؛ فأرسل علي رضي الله عنه ابن عباس ليكشف شبهتهم.

قال ابن عباس هذه الحادثة ليست بأدنى من بيض الحمام وفيه التحكيم بقوله تعالى: ﴿يَحْكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [المائدة:٩٥]، وكان تحكيم عليّ موافقًا

الضَّعِيفُ: هَكَذَا ذَكَرَهُ القُدُورِيُّ فِي مُختَصَرِهِ. وَذَكَرَ الإِمَامُ المَعرُوفُ بِخُوَاهَر زَادَه: أَنَّ عِندَنَا يَجُوزُ أَن يَبدَأَ بِقِتَالِهِم إِذَا تَعَسكَرُوا وَاجتَمَعُوا.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَجُوزُ حَتَّى يَبدَؤُوا بِالقِتَالِ حَقِيقَة؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ قَتلُ المُسلِمِ إِلَّا دَفعًا وَهُم مُسلِمُونَ، بِخِلَافِ الكَافِرِ؛ لِأَنَّ نَفسَ الكُفرِ مُبِيحٌ عِندَهُ. وَلَنَا: أَنَّ الحُكمَ يُدَارُ عَلَى الدَّلِيلِ وَهُوَ الاجتِمَاعُ وَالِامتِنَاعُ، وَهَذَا؛ لِأَنَّهُ لَو انتَظَرَ الإِمَامُ حَقِيقَةَ قِتَالِهِم رُبَّمَا لَا يُمكِنُهُ الدَّفعُ فَيُدَارُ عَلَى الدَّلِيلِ ضَرُورَةَ دَفعِ شَرِّهِم، وَإِذَا بَلَغَهُ

للنص فألزمهم الحجة؛ فتاب البعض وأصرَّ قوم على ذلك. **قوله: (القدوري في مختصره)** وهو قول الشافعي ومالك وأحمد وأكثر أهل العلم؛ لأنه لا [يحل][1] قتل مسلم إلّا دفعًا وهم مسلمون، وبعدما اجتمعوا وصار لهم منعة، وجد القتال منهم معنى، من حيث إنهم ترصدوا بقتال الإمام؛ فبالنظر إلى أن حقيقة القتال لم توجد منهم لم يبح قتلهم، وبالنظر إلى المعنى مباح فلم يبح بالشك، بخلاف الكفار لأن الكفر مبيح عنده. وعن علي رضي الله عنه قال للخوارج: لن نقاتلكم حتى تقاتلوا.

قوله: (وقال الإمام خواهر زاده) هو خواهر زاده القاضي الإمام؛ أي نائب.

صاحب الذخيرة والمبسوط والإيضاح: يحل قتالهم وإن لم يبدؤوا بالقتال إذا تحيزوا واجتمعوا؛ لأن خروجهم على الإمام معصية والقيام بقتالهم نهي عن المنكر، وقد أمرنا به فنقاتلهم وإن لم يبدؤوا، ولأن **(الحكم يدار على دليل القتال)** وهو الاجتماع، فلو شرطنا حقيقة القتال ربما لا يمكننا دفعهم.

وفي المبسوط والإيضاح[2]: فحالهم في ذلك كحال المرتدين، وأهل الحرب الذين بلغتهم الدعوة، ولهذا يجوز قتالهم بكل ما يجوز قتال أهل الحرب، كالرمي بالنبل والمنجنيق وإرسال الماء والنار عليهم، والبيات بالليل؛ لأن قتالهم حينئذ فرض كقتال أهل الحرب والمرتدين.

وعند الأئمة الثلاثة: قتالهم بالمنجنيق وإرسال الماء والنار لا يجوز إلا اذا لم يُدفعوا بدونه، ومعنى قول علي رضي الله عنه: حتى تقاتلوا حتى تعزموا على القتال بالتجمع والتحيز عن أهل العدل.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٠/١٢٨).

أَنَّهُم يَشتَرُونَ السِّلَاحَ وَيَتَأَهَّبُونَ لِلقِتَالِ، يَنبَغِي أَن يَأخُذَهُم وَيَحبِسَهُم حَتَّى يُقلِعُوا عَن ذَلِكَ وَيُحدِثُوا تَوبَة، دَفعًا لِلشَّرِّ بِقَدرِ الإِمكَانِ. وَالمَروِيُّ عَن أَبِي حَنِيفَةَ مِن لُزُومِ البَيتِ مَحمُولٌ عَلَى حَالِ عَدَمِ الإِمَامِ، أَمَّا إِعَانَةُ الإِمَامِ الحَقِّ فَمِن الوَاجِبِ عِندَ الغَنَاءِ وَالقُدرَةِ.

قوله: (حتى يقلعوا)؛ أي يمتنعوا عن ذلك.

قوله: (والمروي عن أبي حنيفة) روى الحسن عنه أنه قال: إذا وقعت الفتنة بين المسلمين؛ فالواجب على كل مسلم أن يعتزل الفتنة ويقعد في بيته لقوله عليه السلام: «**مَن فرَّ مِنَ الفتنةِ أعتقَ اللهُ رقبتَهُ مِنَ النارِ**»(١) وقال لواحد من الصحابة في الفتنة : «**كُنْ حِلْسًا مِنْ أَحْلاسِ بَيْتِك، فإذا دخلَ عليكَ فكُنْ عبدَ اللهِ المقتولَ أو عبدَ اللهِ**»(٢)، معناه: كن ساكنًا في بيتك لا قاصدًا.

هذا (محمول عند عدم الإمام)، أما طاعة الإمام واجبة، وما روي أن ابن عمر وطائفة من الصحابة قعدوا عن الفتنة؛ فمحمول على أنهم لم تكن لهم قدرة وغِناءً.

وفي فتاوى العصر والقنية: وما روي من الحديث؛ أن القاتل والمقتول في النار؛ محمول على الباغِيَيْنِ يَقتَتِلان لأجل الدنيا والمملكة، أو على أهل محلة اقتتلوا بالحميّة والعصبيّة؛ فإنه لا ينبغي أن يقاتل أهل أحدهما.

---

(١) ذكره السَّرَخْسِي في المبسوط (١٠/ ١٢٤).

(٢) هذا الحديث ملفق من حديثين، فشطره الأول أخرجه أبو داود (٤/ ٩٩ رقم ٤٢٥٨) من حديث خريم بن فاتك رضي الله عنه.

والشطر الأخير أخرجه أحمد (٥/ ٢٩٢ رقم ٢٢٥٢)، والحاكم (٤/ ٥١٦ رقم ٨٥٧٨) من حديث خالد ابن عرفطة رضي الله عنه قال: قال لي رسول الله ﷺ: «يا خالد إنها ستكون بعدي أحداث وفتن واختلاف، فإن استطعت أن تكون عبد الله المقتول لا القاتل فافعل».

قال الحاكم: تفرد به علي بن زيد القرشي، عن أبي عثمان النهدي، ولم يحتجا بعلي، وقال الهيثمي: رواه أحمد، والبزار، والطبراني، وفيه علي بن زيد وفيه ضعف، وهو حسن الحديث، وبقية رجاله ثقات. مجمع الزوائد (٧/ ٣٠٢)، وقال ابن حجر: علي بن زيد هو ابن جدعان؛ ضعيف، لكن اعتضد كما ترى. التلخيص الحبير (٤/ ٢٢٨).

(فَإِن كَانَت لَهُم فِئَةٌ أُجهِزَ عَلَى جَرِيحِهِم وَأُتبِعَ مُوَلِّيهِم) دَفعًا لِشَرِّهِم كَي لَا يَلحَقُوا بِهِم (وَإِن لَم يَكُن لَهُم فِئَةٌ لَم يُجهَز عَلَى جَرِيحِهِم وَلَم يُتبَعْ مُوَلِّيهِم) لِاندِفَاعِ الشَّرِّ دُونَهُ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَجُوزُ ذَلِكَ فِي الحَالَينِ؛ لِأَنَّ القِتَالَ إِذَا تَرَكُوهُ لَم يَبقَ قَتلُهُم دَفعًا.

وَجَوَابُهُ مَا ذَكَرنَاهُ: أَنَّ المُعتَبَرَ دَلِيلُهُ لَا حَقِيقَتُهُ.

(وَلَا يُسبَى لَهُم ذُرِّيَّةٌ، وَلَا يُقَسَّمُ لَهُم مَالٌ) لِقَولِ عَلِيٍّ يَومَ الجَمَلِ: وَلَا يُقتَلُ أَسِيرٌ وَلَا يُكشَفُ سِترٌ وَلَا يُؤخَذُ مَالٌ، وَهُوَ القُدوَةُ فِي هَذَا البَابِ. وَقَولُهُ فِي الأَسِيرِ

قوله: (**أُجهِزَ وأُتِبعَ**) كلاهما بناء المفعول، وكذا (**لم يُجهَزْ ولم يُتبَعْ**)، وفي الصحاح[1]: أجهزت على الجريح؛ إذا أسرعت قتله وقد تممت عليه.

قوله: (**وقال الشافعي لا يجوز ذلك في الحالين**)؛ أي في حال الفئة وعدم الفئة وبه قال أحمد.

(**وجوابه**)؛ أي جواب الشافعي (**ما ذكرنا أن الحكم يدار على الدليل**) وهو الاجتماع وبقولنا قال مالك وبعض أصحاب الشافعي.

(**وإن لم تكن لهم فئة**) لا يقاتلوا، ولكن يُضرَبوا ضربًا وجيعًا، ويحبسون حتى يُحدِثوا توبة، وهذا روي عن ابن عباس رضي الله عنه.

قوله: (**ولا يكشف سترٌ**)؛ أي لا تسبى نساؤهم.

قوله: (**وهو القدوة**)؛ أي عليٌّ قدوة في باب البغاة، والقدوة اسم للاقتداء يقال: فلان قدوة؛ أي يقتدى به.

(**ويوم الجمل**) يوم وقعة عائشة مع علي كرم الله وجهه[2] بالبصرة، وسميت بذلك لأن عائشة رضي الله عنها كانت على جمل اسمه عسكر، كذا في المغرب[3].

وقد روي أن أصحاب الإمام علي سألوا عن القسمة، فقال: علي إذا قسمت فلمن تكون عائشة؟ ففي هذا رد القسمة، ولا خلاف فيه لأهل العلم.

---

(١) الصحاح للجوهري (٣/ ٨٧٠).
(٢) (كرم الله وجهه) ذكرت في الأصل فقط، ولم تذكر في النسخ الأخرى.
(٣) المغرب للمطرزي (ص: ٨١).

«تَأوِيلُهُ إذَا لَم يَكُن لَهُم فِئَةٌ»، فَإِن كَانَت يَقتُلُ الإِمَامُ الأَسِيرَ، وَإِن شَاءَ حَبَسَهُ لِمَا ذَكَرنَا، وَلِأَنَّهُم مُسلِمُونَ وَالإِسلَامُ يَعصِمُ النَّفسَ وَالمَالَ (وَلَا بَأسَ بِأَن يُقَاتِلُوا بِسِلَاحِهِم إنِ احتَاجَ المُسلِمُونَ إلَيهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَجُوزُ، وَالكُرَاعُ عَلَى هَذَا الخِلَافِ. لَهُ: أَنَّهُ مَالُ مُسلِم فَلَا يَجُوزُ الِانتِفَاعُ بِهِ إلَّا بِرِضَاهُ. وَلَنَا: أَنَّ عَلِيًّا قَسَّمَ السِّلَاحَ فِيمَا بَينَ أَصحَابِهِ بِالبَصرَةِ وَكَانَت قِسمَتُهُ لِلحَاجَةِ لَا لِلتَّملِيكِ، وَلِأَنَّ لِلإِمَامِ أَن يَفعَلَ ذَلِكَ فِي مَالِ العَادِلِ عِندَ الحَاجَةِ، فَفِي مَالِ البَاغِي أَولَى وَالمَعنَى فِيهِ إلحَاقُ الضَّرَرِ الأَدنَى لِدَفعِ الأَعلَى.

(وَيَحبِسُ الإِمَامُ أَموَالَهُم، فَلَا يَرُدُّهَا عَلَيهِم وَلَا يُقَسِّمُهَا حَتَّى يَتُوبُوا، فَيَرُدَّهَا عَلَيهِم) أَمَّا عَدَمُ القِسمَةِ فَلِمَا بَيَّنَّاهُ. وَأَمَّا الحَبسُ: فَلِدَفعِ شَرِّهِم بِكَسرِ شَوكَتِهِم، وَلِهَذَا يَحبِسُهَا عَنهُم، وَإِن كَانَ لَا يَحتَاجُ إلَيهَا، إلَّا أَنَّهُ يَبِيعُ الكُرَاعَ؛ لِأَنَّ حَبسَ الثَّمَنِ أَنظَرُ وَأَيسَرُ، وَأَمَّا الرَّدُّ بَعدَ التَّوبَةِ فَلِاندِفَاعِ الضَّرُورَةِ وَلَا استِغنَامَ فِيهَا.

قَالَ: (وَمَا جَبَاهُ أَهلُ البَغيِ مِن البِلَادِ الَّتِي غَلَبُوا عَلَيهَا مِن الخَرَاجِ وَالعُشرِ لَم يَأخُذهُ الإِمَامُ ثَانِيًا)؛ لِأَنَّ وِلَايَةَ الأَخذِ لَهُ بِاعتِبَارِ الحِمَايَةِ وَلَم يَحمِهِم (فَإِن كَانُوا

قوله: (يقتل الإمام الأسير) وقالت الأئمة الثلاثة: لا يقتل بل يحبس.

(وقوله): (لما ذكرنا) إشارة إلى **قوله**: (**أو يحبسهم...**) إلى **قوله**: (**دفعًا لشرهم**).

قوله: (**وقال الشافعي: لا يجوز**) وكذا بالكراع وبه قال أحمد في رواية، وبقولنا قال مالك وأحمد في رواية .(**قوله: فلما بينّاه**) وهو (قول عليّ: [٢/ ٣٣/ ب] **ولا يؤخذه مال**. وقوله: إنهم مسلمون.

قوله: (**لم يأخذه الإمام ثانيا**) وبه قال الشافعي وأحمد وابن الماجشون المالكي.

وقال ابن القاسم: لا يعتبر ذلك، وعلى من أخذ منه الزكاة الإعادة وبه قال أبو عبيد؛ لأن الأخذ ممن لا ولاية له.

ولنا: أن عليًّا لما ظهر على أهل البصرة لم يطالبهم بشيء مما جنَوه، وكان ابن عمر إذا أتاه ساعي الحروري دفع إليه زكاته، وكذا سلمة بن الأكوع (**ولأنه لم يحمهم...**) إلى آخر ما ذكر في الكتاب.

صَرَفُوهُ فِي حَقِّهِ أَجزَأَ مَن أُخِذَ مِنهُ) لِوُصُولِ الحَقِّ إِلَى مُستَحِقِّهِ (وَإِن لَم يَكُونُوا صَرَفُوهُ فِي حَقِّهِ فَعَلَى أَهلِهِ فِيمَا بَينَهُم وَبَينَ اللَّهِ تَعَالَى أَن يُعِيدُوا ذَلِكَ)؛ لِأَنَّهُ لَم يَصِل إِلَى مُستَحِقِّهِ. قَالَ العَبدُ الضَّعِيفُ: قَالُوا الإِعَادَةُ عَلَيهِم فِي الخَرَاجِ؛ لِأَنَّهُم مُقَاتِلَةٌ فَكَانُوا مَصَارِفَ، وَإِن كَانُوا أَغنِيَاءَ، وَفِي العُشرِ إِن كَانُوا فُقَرَاءَ، فَكَذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ حَقُّ الفُقَرَاءِ وَقَد بَيَّنَّاهُ فِي الزَّكَاةِ. وَفِي المُستَقبَلِ يَأخُذُهُ الإِمَامُ؛ لِأَنَّهُ يَحمِيهِم فِيهِ؛ لِظُهُورِ وِلَايَتِهِ.

(وَمَن قَتَلَ رَجُلًا وَهُمَا مِن عَسكَرِ أَهلِ البَغيِ، ثُمَّ ظُهِرَ عَلَيهِم فَلَيسَ عَلَيهِم شَيءٌ)؛ لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لِإِمَامِ العَدلِ حِينَ القَتلِ فَلَم يَنعَقِد مُوجِبًا كَالقَتلِ فِي دَارِ الحَربِ.

(وَإِن غَلَبُوا عَلَى مِصرٍ، فَقَتَلَ رَجُلٌ مِن أَهلِ المِصرِ رَجُلًا مِن أَهلِ المِصرِ عَمدًا، ثُمَّ ظُهِرَ عَلَى المِصرِ فَإِنَّهُ يُقتَصُّ مِنهُ) وَتَأوِيلُهُ: إِذَا لَم يَجرِ عَلَى أَهلِهِ أَحكَامُهُم وَأُزعِجُوا قَبلَ ذَلِكَ، وَفِي ذَلِكَ لَم تَنقَطِعْ وِلَايَةُ الإِمَامِ فَيَجِبُ القِصَاصُ.

(وَإِذَا قَتَلَ رَجُلٌ مِن أَهلِ العَدلِ بَاغِيًا فَإِنَّهُ يَرِثُهُ، فَإِن قَتَلَهُ البَاغِي وَقَالَ: «قَد كُنت عَلَى حَقٍّ، وَأَنَا الآنَ عَلَى حَقٍّ» وَرِثَهُ، وَإِن قَالَ: «قَتَلته وَأَنَا أَعلَمُ أَنِّي عَلَى البَاطِلِ» لَم يَرِثهُ، وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّد) وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا يَرِثُ البَاغِي فِي الوَجهَينِ(*) وَهُوَ قَولُ الشَّافِعِيِّ. وَأَصلُهُ: أَنَّ العَادِلَ إِذَا أَتلَفَ نَفسَ البَاغِي أَو

قوله: (فليس عليه)؛ أي على القاتل شيء. وقالت الأئمة الثلاثة: يؤخذ بموجب جنايته؛ أي جناية كانت لعموم الآيات والأخبار، ولأن كل موضع تجب فيه العبادات في أوقاتها، كان كدار أهل العدل؛ فيجب فيه ما يجب في دار أهل العدل.

قلنا: لمَّا خرج عن ولاية الإمام صار كدار الحرب؛ فلم تجب فيه الحدود والقصاص.

قوله: (قبل ذلك) أي قبل إجراء الأحكام أي أقلع أهل البغي من المصر قبل أن تجري أحكامهم.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة ومحمد.

مَالَهُ لَا يَضمَنُ وَلَا يَأثَمُ؛ لِأَنَّهُ مَأمُورٌ بِقِتَالِهِم دفعًا لِشَرِّهِم، وَالبَاغِي إِذَا قَتَلَ العَادِلَ لَا يَجِبُ الضَّمَانُ عِندَنَا وَيَأثَمُ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ﷺ فِي القَدِيم: إِنَّهُ يَجِبُ، وَعَلَى هَذَا الخِلَافُ إِذَا تَابَ المُرتَدُّ، وَقَد أَتلَفَ نَفسًا أَو مَالًا. لَهُ: أَنَّهُ أَتلَفَ مَالًا مَعصُومًا أَو قَتَلَ نَفسًا مَعصُومَةً فَيَجِبُ الضَّمَانُ اعتِبَارًا بِمَا قَبلَ المَنَعَةِ. وَلَنَا: إِجمَاعُ الصَّحَابَةِ، رَوَاهُ الزُّهرِيُّ.

وَلِأَنَّهُ أَتلَفَ عَن تَأوِيلٍ فَاسِدٍ، وَالفَاسِدُ مِنهُ مُلحَقٌ بِالصَّحِيحِ إِذَا ضُمَّت إِلَيهِ المَنَعَةُ فِي حَقِّ الدَّفعِ، كَمَا فِي مَنَعَةِ أَهلِ الحَربِ وَتَأوِيلِهِم، وَهَذَا؛ لِأَنَّ الأَحكَامَ لَا

قوله: (لا يجب الضمان عندنا)، وبه قال أحمد والشافعي في قول، وفي قول يضمنون وبه قال مالك؛ لأنها نفوس وأموال معصومة أُتلِفَت بغير حق ولا ضرورة فوجب ضمانه كالذي في غير حال الحرب وكما قبل المنعة، ولنا إجماع الصحابة رواه الزهري.

وفي المبسوط: إذا تاب أهل البغي ودخلوا مع أهل العدل لم يؤخذ[(١)] بشيء مما أصابوا بحال، بمعنى: بضمان ما أتلفوا من مال ونفس، ومراده بذلك بعدما تجمّعوا وصاروا منعة؛ لانقطاع ولاية الالتزام حسًّا فيعتبر تأويلهم ـ وإن كان باطلًا في إسقاط الضمان ـ كتأويل أهل الحرب بعدما أسلموا.

والأصل فيه حديث الزهري قال: وقعت الفتنة وأصحاب النبي عليه السلام كانوا متوافرين؛ فاتفقوا على أن كل دم أريق بتأويل القرآن فهو موضوع، وكل فرج استحل بتأويل القرآن فهو موضوع، وكل مال أتلف بتأويل القرآن فهو موضوع[(٢)].

قوله: (في الوجهين)[(٣)] الذي قال أنا على الحق، والذي قال أنا على الباطل؛ لأنه قتل بغير حق فيحرم الميراث؛ اعتبارًا بالخاطئ ولئن ألحق بالتأويل في حق دفع الضمان بقول الصحابة، لا يجب إلحاقه بالصحيح في حق استحقاق الميراث وكم من شيء يكفي للدفع، ولا يكفي للاستحقاق.

---

(١) كذا في الأصول الخطية، وفي المبسوط: (يؤخذوا).

(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٠/١٢٨).

(٣) انظر ص ٤٢٤.

بُدَّ فِيهَا مِن الإِلزَامِ أَو الِالتِزَام، وَلَا التِزَامَ لِاعتِقَادِ الإِبَاحَةِ عَن تَأوِيلٍ، وَلَا إِلزَامَ لِعَدَمِ الوِلَايَةِ لِوُجُودِ المَنعَةِ، وَالوِلَايَةُ بَاقِيَةٌ قَبلَ المَنعَةِ، وَعِندَ عَدَمِ التَّأوِيلِ ثَبَتَ الِالتِزَامُ اعتِقَادًا، بِخِلَافِ الإِثمِ؛ لِأَنَّهُ لَا مَنعَةَ فِي حَقِّ الشَّارِعِ، إِذَا ثَبَتَ هَذَا فَنَقُولُ: قَتلُ العَادِلِ البَاغِيَ قَتلٌ بِحَقٍّ فَلَا يَمنَعُ الإِرثَ. وَلِأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي قَتلِ البَاغِي العَادِلَ: أَنَّ التَّأوِيلَ الفَاسِدَ إِنَّمَا يُعتَبَرُ فِي حَقِّ الدَّفعِ، وَالحَاجَةُ هَاهُنَا إِلَى استِحقَاقِ الإِرثِ، فَلَا يَكُونُ التَّأوِيلُ مُعتَبَرا فِي حَقِّ الإِرثِ. وَلَهُمَا فِيهِ: أَنَّ الحَاجَةَ إِلَى دَفعِ الحِرمَانِ أَيضًا، إِذ القَرَابَةُ سَبَبُ الإِرثِ فَيُعتَبَرُ الفَاسِدُ فِيهِ، إِلَّا أَنَّ مِن شَرطِهِ بَقَاءَهُ عَلَى دِيَانَتِهِ، فَإِذَا قَالَ: كُنت عَلَى البَاطِلِ لَم يُوجَد الدَّافِعُ فَوَجَبَ الضَّمَانُ.

قَالَ: (وَيُكرَهُ بَيعُ السِّلَاحِ مِن أَهلِ الفِتنَةِ وَفِي عَسَاكِرِهِم)؛ لِأَنَّهُ إِعَانَةٌ عَلَى المَعصِيَةِ (وَلَيسَ بِبَيعِهِ بِالكُوفَةِ مِن أَهلِ الكُوفَةِ وَمَن لَم يَعرِفهُ مِن أَهلِ الفِتنَةِ بَأسٌ)؛ لِأَنَّ الغَلَبَةَ فِي

قوله: (لاعتقاد الإباحة) فإن الباغي اعتقد إباحة مال العادل، حيث يقول عصى الله ورسوله، ولم يعمل بموجب الكتاب.

قوله: (ولهما فيه)؛ أي في قتل الباغي العادلَ، يعني هذا قتل حصل بتأويل صحيح عند القاتل وإن كان هذا التأويل فاسدًا في نفسه، لكنه مع فساده ملحق بالتأويل الصحيح عند انضمام المنعة في حق أحكام الدنيا حتى لا يجب فيه الضمان فلا يجب به الحرمان والإرث مستحق بالقرابة.

وهذا التأويل لدفع الحرمان الذي شُرِعَ جزاء، ومن شرط الإرث أن يكون مصرًّا على دعواه فإذا رجع؛ فقد بطلت ديانته قبل استيفاء حقه فبطل ذلك فإذا قال: كنت على الباطل انتفى الدافع فيجب الضمان بخلاف الخاطئ؛ فإن هناك تلزمه الكفارة والدية والباغي لا يلزمه فعلم بهذا أنه ألحق بالصحيح كما إذا قتل العادل الباغي.

قوله: (فيعتبر الفاسد فيه)؛ أي في دفع الحرمان. **(لم يوجد الدافع)**؛ أي التأويل الدافع للضمان.

قوله: (وليس ببيعه بالكوفة) قيد بالكوفة باعتبار أن البغاة خرجوا فيها أولًا، وإلّا فالحكم في غير الكوفة أيضًا كذلك.

الأَمصَارِ لِأَهلِ السلَاحِ، وَإِنَّمَا يُكرَهُ بَيعُ نَفسِ السِّلَاحِ لَا بَيعُ مَا لَا يُقَاتَلُ بِهِ إِلَّا بِصَنعَة، أَلَا تَرَى أَنَّهُ يُكرَهُ بَيعُ المَعَازِفِ وَلَا يُكرَهُ بَيعُ الخَشَبِ، وَعَلَى هَذَا الخَمرُ مَعَ العِنَبِ.

قوله: (ما لا يقاتل به إلا بصنعة) كالحديد؛ لأنه إنما يصير سلاحًا بفعل غيره فلا ينسب إليه.

قوله: (وعلى هذا الخمر)؛ أي لا يجوز بيع الخمر ويجوز بيع عصير العنب، والفرق لأبي حنيفة بين كراهة بيع السلاح من أهل الفتنة، وعدم كراهة ممن يبيع العصير يتخذه خمرا، أن المعصية هناك لم تقع بعين العصير وهنا تقع بعين السلاح.

وقيل: الفرق الصحيح أن الضرر هنا يرجع إلى العامة، وهناك يرجع إلى الخاصة كذا في الفوائد الظهيرية وغيرها.

فروع

لصوص غير متأوّلين غلبوا على مدينة، وقاتلوا وقتلوا الأنفس وأخذوا أموالا أُخِذوا بالجميع، وكذا إذا خرج جماعة لا منعة لهم ولا خلاف فيه لأهل العلم.

ولو استعان أهل البغي بأهل الحرب، أو وادع أهل البغي أهل الحرب فأعانهم على أهل العدل، يُسبَوْنَ ويُقتَلونَ؛ لأنهم نقضوا العهد، ولو طلب أهل البغي الموادعة أجيبوا إن كان خيرًا لنا، ولا نأخذ منهم شيئًا.

ولو نصب أهل البغي قاضيا يصلح للقضاء، إن كان من أهل العدل يجوز بلا خلاف، وإن كان منهم فإن كان ممن يستحِلّ دماء أهل العدل وأموالهم [٢/ ٣٤/أ] لا يجوز بلا خلاف.

وإن كان ممن لا يستحِلّ دماء أهل العدل لا يجوز عندنا، ويجوز عند الشافعي وأحمد، ولو كتب قاضيهم إلى قاضي أهل العدل كتابا يقبل بلا خلاف، والأولى ألا يقبله كسرًا لقلوبهم.

وعندنا كل متسلط إذا تم تسليطه يصير سلطانا؛ فيصح تقليده القضاء، ويصح منه ما يصح من السلطان العادل.

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كِتَابُ اللَّقِيطِ واللُّقَطَةِ

اللَّقِيطُ سُمِّيَ بِهِ بِاعتِبَارِ مَآلِهِ لِمَا أَنَّهُ يُلقَطُ. وَالِالتِقَاطُ مَندُوبٌ إِلَيهِ لِمَا فِيهِ مِن إِحيَائِهِ، وَإِن غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ ضَيَاعُهُ فَوَاجِبٌ. قَالَ: ....

كتاب اللقيط واللقطة

عقَّب اللّقيط واللّقطة للجهاد؛ لما فيهما عرضة الفوات للأنفس والأموال، وقدم اللقيط على اللقطة؛ لما أن ذكر النفس مقدم.

اللقيط لغة: ما يلقط، أي: ما يرفع من الأرض، فعيل بمعنى مفعول، ثم غلب على الصبي المنبوذ؛ لأنه على عرض أن يلقط، وهو من باب وصف الشيء بالصفة المشارفة، مثل: من قتل قتيلًا.

وفي الشريعة: اسم لمولود طرحه أهله خوفًا من العَيلة، أو فرارًا من تهمة الزنية، مُضيِّعُهُ، ومُحرِزُهُ غانم[(١)]؛ لما في إحيائه من إحياء النفس، فإنه على شرف الهلاك، وإحياء الحي يدفع سبب الهلاك عنه، قال تعالى: ﴿وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَآ أَحْيَا ٱلنَّاسَ جَمِيعًا﴾ [المائدة:٣٢] ولهذا كان رفعه أفضل من تركه؛ لما في تركه من ترك الترحّم على الصغار، قال عليه السلام: «**مَن لَمْ يَرحَمْ صَغيرَنا**»[(٢)] الحديث، وفي رفعه إظهار الشفقة على الصغار، وهو أفضل الأعمال بعد الإيمان، التعظيم لأمر الله والشفقة على خلق الله. كذا في المبسوط[(٣)].

وقال الشافعي، ومالك، وأحمد: رفعه فرض كفاية إلا إذا خاف هلاكه،

---

(١) كذا في الأصول الخطية، وفي المبسوط للسرخسي (١٠/ ٢٠٩): (مضيعه آثم، ومحرزه غانم).

(٢) أخرجه أبو داود (٤/ ٢٨٦ برقم ٤٩٤٣)، والترمذي (٤/ ٣٢١ برقم ١٩١٩)، والحاكم (١/ ١٣١ برقم ٢٠٩).

(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٠/ ٢٠٩).

(اللَّقِيطُ حُرٌّ)؛ لِأَنَّ الأَصلَ فِي بَنِي آدَمَ إِنَّمَا هُوَ الحُرِّيَّةُ، وَكَذَا الدَّارُ دَارُ الأَحرَارِ؛ وَلِأَنَّ الحُكمَ لِلغَالِبِ (وَنَفَقَتُهُ فِي بَيتِ المَالِ) هُوَ المَروِيُّ عَن عُمَرَ وَعَلِيٍّ، وَلِأَنَّهُ مُسلِمٌ عَاجِزٌ عَن التَّكَسُّبِ، وَلَا مَالَ لَهُ وَلَا قَرَابَةَ فَأَشبَهَ المُقعَدَ الَّذِي لَا مَالَ لَهُ وَلَا قَرَابَةَ؛ وَلِأَنَّ مِيرَاثَهُ لِبَيتِ المَالِ، وَالخَرَاجُ بِالضَّمَانِ وَلِهَذَا كَانَت جِنَايَتُهُ فِيهِ. وَالمُلتَقِطُ مُتَبَرِّعٌ فِي الإِنفَاقِ عَلَيهِ؛ لِعَدَمِ الوِلَايَةِ، ....

فحينئذ فرض عين لإجماع الأمة، كمن رأى أعمى يقع في البئر يفرض عليه حفظه عن الوقوع، وتمسَّكوا على وجوبه بقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة:٢] الآية.

قوله: (اللقيط حر)؛ أي: في جميع أحكامه، حتى يحد قاذفه ولا يحد قاذف أمه. ذكره في شرح الطحاوي.

ولا خلاف في أنه حرٌّ، إلا ما رُوي عن النخعي شاذًّا أنه قال: إن رفعه حسبةً فهو حرٌّ، ولو أراد أن يسترقه فهو له، وهذا مخالف لإجماع العلماء؛ لأن الأصل في بني آدم الحرية، إذا الناس أولاد آدم وحواء عليهما السلام وكانا حرّين؛ لأن الرق يعارض الكفر، والأصل عدم العارض، ولأن الدار دار الأحرار، فمن كان فيها يكون حرًّا باعتبار الظاهر، ولأن الغالب فيمن يسكن دار الإسلام الأحرار، والعبرة للغالب.

وقوله: (ونفقته في بيت المال) إذا لم يكن له مال بلا خلاف؛ لما رُويَ أن رجلا قال: وجدت منبوذا على بابي، فأتيت عمر رضي الله عنه، قال: "هو حرٌّ ونفقته علينا". وعن علي أنه قال: "نفقته في بيت المال وولاؤه للمسلمين". وعن عمر مثله.

قوله: (والخراج بالضمان)؛ أي: له غنمه وعليه غرمه، أي: غلة العبد المعيب للمشتري قبل الرد في ضمانه، يقال: خارج غلامه إذا اتفقا على ضريبة يؤديها إليه في وقت معلوم.

(كانت جنايته فيه)؛ أي: في بيت المال بلا خلاف.

قوله: (متبرع) يقال: برع الرجل وبرع بالضم؛ إذا فضل على أقرانه. ومنه يقال للمتفضل: المتبرع.

إِلَّا أَن يَأْمُرَهُ القَاضِي بِهِ لِيَكُونَ دَينا عَلَيهِ لِعُمُومِ الوِلَايَةِ.

قَالَ: (فَإِن التَقَطَهُ رَجُلٌ لَم يَكُن لِغَيرِهِ أَن يَأْخُذَهُ مِنهُ)؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ حَقُّ الحِفظِ لَهُ لِسَبقِ يَدِهِ (فَإِن ادَّعَى مُدَّعٍ أَنَّهُ ابنُهُ فَالقَولُ قَولُهُ).

مَعنَاهُ: إذَا لَم يَدَّعِ المُلتَقِطُ نَسَبَهُ وَهَذَا استِحسَانٌ. وَالقِيَاسُ: أَن لَا يُقبَلَ قَولُهُ؛ لِأَنَّهُ يَتَضَمَّنُ إبطَالَ حَقِّ المُلتَقِطِ.

وَجهُ الِاستِحسَانِ: أَنَّهُ إقرَارٌ لِلصَّبِيِّ بِمَا يَنفَعُهُ؛ لِأَنَّهُ يَتَشَرَّفُ بِالنَّسَبِ وَيُعَيَّرُ بِعَدَمِهِ. ثُمَّ قِيلَ: يَصِحُّ فِي حَقِّهِ دُونَ إبطَالِ يَدِ المُلتَقِطِ. وَقِيلَ: يُبتَنَى عَلَيهِ بُطلَانُ يَدِهِ،

(**إلّا أن يأمره القاضي**) هذا بأن أمره أن ينفق عليه، ويصير بذلك دينا عليه؛ لأن أمر القاضي كأمر نفسه؛ لعموم ولاية القاضي، أما لو أمره بأن ينفق عليه فقط، قيل: يرجع لما ذكرنا، والأصح: ألا يرجع ما لم يقل القاضي، ويكون ذلك دينًا عليه؛ لأن مطلق الأمر بالاتفاق يحتمل الحسبة؛ أي: الترغيب في إتمام ما شرع فيه من التبرع والاستدانة عليه، فلا يرجع بالشك. كذا في المبسوط[1].

قوله: (معناه: إذا لم يدَّعِ المُلتقِطُ نسبَهُ) أما إذا ادعاه الملتقط فهو أولى؛ لأنهما استويا في الدعوى، ولأحدهما يد، فكان صاحب اليد أولى، وكذا إذا كان الملتقط ذميًّا فهو أولى من المسلم الخارج، حتى إذا كان في يد ذمي يدعي أنه ابنه، وأقام بينة من المسلمين أنه ابنه؛ قضي للذمي بحكم يده، وأما لو كان المدعي للملتقط خارجين، وأحدهما مسلم والآخر ذمي، وأقام بينة من المسلمين؛ قضي للمسلم. فالحاصل: أن الترجيح في باب النسب أولى باليد. كذا في الذخيرة والإيضاح.

وقال الشافعي، وأحمد: الترجيح بقول القافة.

قوله: (يصح في حقه)؛ أي: في حق النسب.

قوله: (بطلان يده)؛ أي: يد الملتقط؛ إذ من ضرورة ثبوت النسب منه أن

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٠/ ٢١١).

وَلَو ادَّعَاهُ المُلتَقِطُ، قِيلَ: يَصِحُّ قِيَاسًا وَاستِحسَانًا، وَالأَصَحُّ: أَنَّهُ عَلَى القِيَاسِ، وَالِاستِحسَانِ وَقَد عُرِفَ فِي الأَصلِ.

(وَإِن ادَّعَاهُ اثنَانِ وَوَصَفَ أَحَدُهُمَا عَلَامَةً فِي جَسَدِهِ فَهُوَ أَولَى بِهِ)؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ

يكون هو أحق بحفظه من الأجنبي، ويجوز أن يثبت الشيء ضمنا وإن لم يثبت قصدا، كما يثبت الإرث بشهادة القابلة على الولادة حكما.

قوله: (ولو ادعاه)؛ أي: نسب اللقيط [٢/ ٣٤/ ب] بعد رفعه.

(**قيل: يصح قياسًا واستحسانًا**)؛ لأنه ادّعَى شيئا في يده، ولا منازع له، ولا تبطل به يد أحد، بخلاف غيره؛ لأنه ادّعَى شيئا في يد غيره، وله منازع وفيه إبطال حق الملتقط، وهو إمساك الولد.

(**والأصح أنه على القياس والاستحسان**)؛ يعني: لا يصح في القياس والاستحسان، إلا أن هذا قياس آخر سوى الأول.

وجه القياس: أنه متناقض في كلامه؛ لأنه زعم أنه لقيط في يده، وابنه لا يكون لقيطا، ولهذا إقرار على اللقيط، فلأنه يلزمه أحكام النسب والإقرار على الغير لا يصح.

وجه الاستحسان: أن هذا إقرار على نفسه؛ لأنه يلتزم حفظه ونفقته بهذا الإقرار، وله هذه الولاية، والتناقض لا يمنع دعوى النسب، كما إذا أكذب الملاعن نفسه؛ لأن طريقه الخفاء، فقد يشتبه على الناس حال ولده الصغير ويظن أنه لقيط، ثم تبين بعد ذلك أنه ولده.

فإن مات اللقيط وترك ميراثا أو لا، فادعى رجل أنه ابنه؛ لا تصح دعوته استحسانا أيضًا؛ لأن في حالة الحياة إنما صحت دعوة النسب؛ لأن فيه للصغير من كل وجه وهو النسب، وبالموت استغنى عن النسب، بقي كلامه في دعوى الميراث فلا يصدق فيه إلا بحجة. كذا في المبسوط[1] والذخيرة.

قوله: (فهو أولى)؛ أي: واصف العلامة، ويجب على الملتقط دفعه إليه.

وقال الشافعي، وأحمد، والليث، وأبو ثور، والأوزاعي: يعتبر قول

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٠/ ٢١١).

شَاهِدٌ لَهُ لِمُوَافَقَةِ العَلَامَةِ كَلَامَهُ، وَإِن لَم يَصِف أَحَدُهُمَا عَلَامَة، فَهُوَ ابنُهُمَا لِاستِوَائِهِمَا فِي السَّبَبِ. وَلَو سَبَقَت دَعوَةُ أَحَدِهِمَا فَهُوَ ابنُهُ؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ فِي زَمَان لَا مُنَازِعَ لَهُ فِيهِ، ....

القافة، وإذا اشتبه على القافة يقرع، وكذا إذا تعارضا بينتاهما؛ لحديث المدلجي، وقد مر هذا البحث في باب الاستيلاد.

وقال مالك: لا يثبت النسب إلا ببينة، أو يكون لدعواه وجه، كرجل عرف أنه لا يعيش له الولد، فزعم أنه رماه؛ لأنه سمع إذا طرح عاش، ونحو ذلك مما يدل على صدقه.

وقال أشهب: يلحق بمجرد الدعوى، ادعاه ملتقطه أو غيره، إلا أن يتبين كذبه وهو الاختيار. كذا في جواهر المالكية.

قوله: (لموافقة العلامة كلامه) وهي أصل في الشريعة، قال تعالى: ﴿تَعْرِفُهُم بِسِيمَاهُمْ﴾ [البقرة:٢٧٣] وقال تعالى في قصة يوسف عليه السلام: ﴿وَإِن كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِن دُبُرٍ﴾ [يوسف:٢٧] الآية وشريعة من قبلنا تلزمنا إذا لم يلحقه نكير.

وفي الإيضاح: لو وافق بعضَ العلامة وخالف البعض سقط الترجيح؛ لأنه ليس الرجوع إلى الموافقة أولى من المخالفة.

وفي الذخيرة: وهذا بخلاف اللقطة، لو تنازعا فيها ووصف أحدهما ووافق؛ حيث لا يرجح صاحب الوصف، بل إذا تفرّد الواصف يحلّ للملتقط دفعها إليه ولا يجب، وهاهنا يلزمه دفعه.

والفرق أن إصابة الوصف تحتمل باعتبار أنه رآه في يد غيره، ويحتمل باعتبار أنه له، والمحتمل لا يصلح سبب الاستحقاق على الغير، أمّا مَا يصلح ترجيحا لما هو سبب الاستحقاق، كاليد في دعوى النتاج، ثم في فصل اللقيط قد وجد سبب الاستحقاق وهو الدعوى، ولهذا لو تفرّد بدعواه يقضى له به، فيعتبر الوصف للترجيح، أما في اللقطة الدعوى ليست بسبب الاستحقاق حتى يترجح الوصف، فلو اعتبر الوصف اعتبر لأصل الاستحقاق، وذا بالمحتمل لا يجوز.

قوله: (لاستوائهما في السبب) وهو الدعوة، وقد مر خلاف الشافعي

إِلَّا إِذَا أَقَامَ الآخَرُ البَيِّنَةَ؛ لِأَنَّ البَيِّنَةَ أَقوَى.

(وَإِذَا وُجِدَ فِي مِصر مِن أَمصَارِ المُسلِمِينَ أَو فِي قَريَة مِن قُرَاهُم فَادَّعَى ذِمِّيٌّ أَنَّهُ ابنُهُ

وأحمد في اعتبارهما قول القافة، ولو ألحقته القافة بهما لحق بهما عند أحمد.

وقال الشافعي: لو تعذر العمل بالقافة رجع إلى اختلاف الولد؛ إن كانت الدعوى عن فراش، وإن كانت في لقيط ففيه وجهان، في وجه: انتسابه إلى أحدهما كالفراش، وفي وجه: لو مات أحدهما ألحق بالباقي.

وهل يصح انتسابه قبل البلوغ إذا كان عاقلا مميزا؟ فيه وجهان، أصحهما: أنه لا يصح، والثاني: يصح، ولا يلحق إلى اثنين للاستحالة، ولا يلحق بأكثر من اثنين عند أبي يوسف، وبه قال أحمد في رواية.

وقال محمد: لا يلحق بأكثر من ثلاثة، وهو رواية عن أحمد أيضًا، وقد مر هذا في باب الاستيلاد.

(إلا إذا أقام الآخر بينة) وعند أحمد، والشافعي: لو ألحقته القافة بالثاني يلحق به، ويأخذ من يد الأول؛ لأن قول القافة كالبينة عندهما.

قوله: (وإذا وجد في مصر من أمصار المسلمين):

المسألة على أربعة أوجه، أحدها: أن يجده مسلم في مكان المسلمين، يكون محكوما بإسلامه، وبه قال مالك، وأحمد، والشافعي، وإن ادعاه كافر يلحق به ويكون مسلما تبعا للدار.

وقال الشافعي: إلا إذا أقام الكافر بينة على نسبه، فحينئذ يحكم بكفره.

والثاني: أن يجده كافر في مكان أهل الكفر كالبِيعة ونحوها، فيكون محكوما بالكفر، [٢/ ٣٥/أ] لا يصلّى عليه إذا مات.

والثالث: أن يجده كافر في بلاد المسلمين.

والرابع: أن يجده مسلم في مكان الكفار، ففي هذين الفصلين اختلفت الرواية، ففي كتاب اللقطة: العبرة للمكان في الفصلين، وفي رواية ابن سماعة: العبرة للواجد في الفصلين. كذا في المبسوط[١].

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٠/ ٢١٥).

ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنهُ وَكَانَ مُسلِمًا) وَهَذَا استِحسَانٌ؛ لِأَنَّ دَعوَاهُ تَضمَنُ النَّسَبَ وَهُوَ نَافِعٌ لِلصَّغِيرِ، وَإِبطَالُ الإِسلَامِ الثَّابِتِ بِالدَّارِ وَهُوَ يَضُرُّهُ، فَصَحَّت دَعوَتُهُ فِيمَا يَنفَعُهُ دُونَ مَا يَضُرُّهُ.

(وَإِن وُجِدَ فِي قَريَةٍ مِن قُرَى أَهلِ الذِّمَّةِ أَو فِي بِيعَةٍ أَو كَنِيسَةٍ كَانَ ذِمِّيًّا) وَهَذَا الجَوَابُ فِيمَا إِذَا كَانَ الوَاجِدُ ذِمِّيًّا رِوَايَةً وَاحِدَةً، وَإِن كَانَ الوَاجِدُ مُسلِمًا فِي هَذَا المَكَانِ أَو ذِمِّيًّا فِي مَكَانِ المُسلِمِينَ، اختَلَفَت الرِّوَايَةُ فِيهِ، فَفِي رِوَايَةِ كِتَابِ اللَّقِيطِ اعتُبِرَ المَكَانُ لِسَبقِهِ، وَفِي كِتَابِ الدَّعوَى فِي بَعضِ النُّسَخِ: اعتُبِرَ الوَاجِدُ وَهُوَ رِوَايَةُ

قوله: (وفي بعض النسخ)؛ أي: بعض نسخ المبسوط.

وقال الشافعي: إن وجد في بلد المسلمين وفيه مسلمون، أو في بلد كان لهم ثم أخذه الكفار؛ فهو مسلم، وإن وجد في بلد فتحه المسلمون ولا مسلم فيه، أو بلد الكفار ولا مسلم فيه؛ فهو كافر، وإن وجد في بلد الكفار وفيه مسلمون، قيل: هو مسلم، وقيل: هو كافر، وبه قال أحمد. ومالك اعتبر المكان، وأشهب اعتبر الواجد في مكان أهل الكفر ترجيحًا للإسلام.

قوله: (وهذا)؛ أي ثبوت نسبه منه (استحسان) والقياس: ألا يصدق؛ لأنه حكم له بالحرية والإسلام، فلو جعل ابتداء للكافر بدعوته لكان تبعًا في الدين، فكان حكمًا بإبطال إسلامه.

وجه الاستحسان: أن موجب كلامه شيئان، أحدهما: ثبوت نسبه منه وذا ينفعه، والثاني: كفره وذا يضره، فصحت دعوته فيما ينفعه لا فيما يضره، وليس من ضرورة رد قوله: (في أحد الحكمين رده في حق الحكم الآخر)؛ لأن النسب ينفك عن الدين، فولد الكافر من المسلمة ثابت النسب منه وهو مسلم.

قوله: (فوق تبعية الدار)؛ لأن بينه وبين الأبوين جزئية، ولا جزئية بينه وبين المكان.

قوله: (وفي بعض نسخه)؛ أي: نسخ دعوى المبسوط.

(نظرا للصغير)؛ فإن اللقيط تابع للواجد والمكان جميعا، وتبعية أحدهما توجب الإسلام، وتبعية الآخر توجب الكفر، فيجعل تابعا لما يوجب الإسلام،

ابنِ سِمَاعَةَ عَن مُحَمَّد لِقُوَّةِ اليَدِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ تَبَعِيَّةَ الأَبَوَينِ فَوقَ تَبَعِيَّةِ الدَّارِ حَتَّى إذَا سُبِيَ مَعَ الصَّغِيرِ أَحَدُهُمَا يُعتَبَرُ كَافِرًا، وَفِي بَعضِ نُسَخِهِ اعتُبِرَ الإِسلَامُ نَظَرًا لِلصَّغِيرِ.

(وَمَن ادَّعَى أَنَّ اللَّقِيطَ عَبدُهُ لَم يُقبَل مِنهُ)؛ لِأَنَّهُ حُرٌّ ظَاهِرًا، إلَّا أَن يُقِيمَ البَيِّنَةَ

كالولد الحادث بين مسلم وكافر جعل تبعا للمسلم، فكذا هاهنا؛ لأن الإسلام يعلو.

وفي الكافي: وفي رواية: يحكم بِزيِّهِ وعلامتِهِ، كما إذا اختلط موتانا بموتى الكفار يعتبر الزي والعلامة للفصل.

قوله: (ومن ادعى أن اللقيط عبده) إلى آخره: ويجب أن يقيد هذا بقيدين، أي: ادعى الحر المسلم، ولكن لم [تضف][1] ولادته إلى المرأة التي هي الأمة.

أما قيد المسلم؛ فإنه إذا كان المدعي ذميًا، ففي قبول بينته تفصيل: إن شهد مسلمان يقبل، ويجعل اللقيط حرًّا مسلمًا، وإن شهد كافران لا يقبل، وقد صرح في المبسوط وقال: وإن ادعى مسلم[2].

وأما قيد الحرية؛ فإن المدعي إذا كان عبدا وأضاف ولادته إلى امرأته الأمة، فإن فيه خلافا بين أبي يوسف ومحمد، فذكر في الذخيرة: الولد حرٌّ عند محمد وعبدٌ عند أبي يوسف، فمحمد يقول: في دعوى العبد شيئان، أحدهما: تبع اللقيط وهو النسب، وفي الآخر: ضره وهو الرق، وأحدهما ينفصل عن الآخر في الجملة، فتعتبر دعواه فيما له، لا فيما عليه، كما إذا ادّعاه ذمي وقد وجد في مصر المسلمين.

وأبو يوسف يقول: لـمّا صُدِّقَ في ثبوت النسب فيُصدَّقُ فيما كان من ضروراته تبعًا، ومن ضرورة ثبوت نسب المولود بين رقيقين أن يكون رقيقا، فيحكم برقِّهِ تبعًا، بخلاف مسألة الذمي؛ لأنه ليس من ضرورة ثبوت النسب منه أن يكون ذميًّا، بأن أسلمت امرأته، إلا أن يقيم البينة أنه عبده، فحينئذ يقضي بأنه عبده، ولا خلاف لأحد فيه.

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٠/ ٢١٦).

أَنَّهُ عَبدُهُ (فَإِن ادَّعَى عَبدٌ أَنَّهُ ابنُهُ ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنهُ)؛ لِأَنَّهُ يَنفَعُهُ (وَكَانَ حُرًّا)؛ لِأَنَّ المَملُوكَ قَد تَلِدُ لَهُ الحُرَّةُ، فَلَا تَبطُلُ الحُرِّيَّةُ الظَّاهِرَةُ بِالشَّكِّ (وَالحُرُّ فِي دَعوَتِهِ اللَّقِيطَ أَولَى مِن العَبدِ، وَالمُسلِمُ أَولَى مِن الذِّمِّيِّ) تَرجِيحًا لِمَا هُوَ الأَنظَرُ فِي حَقِّهِ.

(وَإِن وُجِدَ مَعَ اللَّقِيطِ مَالٌ مَشدُودٌ عَلَيهِ فَهُوَ لَهُ) اعتِبَارًا لِلظَّاهِرِ. وَكَذَا إِذَا كَانَ مَشدُودًا عَلَى دَابَّة وَهُوَ عَلَيهَا لِمَا ذَكَرنَا ثُمَّ يَصرِفُهُ الوَاجِدُ إِلَيهِ بِأَمرِ القَاضِي؛ لِأَنَّهُ

فإن قيل: كيف تقبل هذه البينة ولا خصم عن اللقيط؛ لأن الملتقط ليس له بولي، ولا خصما عنه فيما يضره.

قلنا: الملتقط خصم له باعتبار يده؛ لأنه يمنعه عنه، ويزعم أنه أحق بحفظه؛ لأنه لقيط، ولا يتوصل المدعي إلى استحقاق يده إلا بإقامة البينة على رقه، فلهذا كان خصمًا عنه.

قوله: (والمسلم أولى من الذمي) وفيه خلاف الأئمة الثلاثة كما ذكرنا.

وفي النهاية: هذا إذا لم تقع المنازعة بين الملتقط والخارج، فإن كان هناك فلا تترجح بالإسلام بل باليد، فإن الملتقط إذا كان ذميًّا فهو أولى من المسلم الخارج، وكذا لو كانت بينة الذمّي أكثر إثباتًا، كما لو أقام الذمّي شاهدين مسلمين أنه ابنه وهو في يده، وأقام عبد مسلم أنه ابنه ولد على فراشه من هذه الأمة؛ قضي للذمي، ولم يترجح العبد بالإسلام، وكذا إن كانا خارجين؛ لأن بينة الذمّي أكثر إثباتًا؛ لأن النسب بجميع أحكامه، وكذا لو ادعى النصراني أنه ابنه، وادعى المسلم أنه عبده؛ ترجح دعوة النصراني؛ لأن فيها إثبات الحرية. ذكره في فتاوى قاضي خان[1] والذخيرة. [٢/ ٣٥/ ب]

قوله: (فهو)؛ أي: المال المشدود **(له)**؛ أي: للقيط بلا خلاف **(اعتبارا للظاهر)**.

فإن قيل: الظاهر يكفي للدفع لا للاستحقاق، وعندنا فلو ثبت الملك بالظاهر له كان الظاهر مثبتا للاستحقاق.

قلنا: بهذا الظاهر يدفع دعوى الغير، واليد دليل الملك.

وقوله: (لما ذكرنا) إشارة إلى **قوله: (اعتبارا للظاهر)** ولا خلاف فيه لأحد.

---

(١) فتاوى قاضي خان (٣/ ٢٤٢).

مَالٌ ضَائِعٌ، وَلِلقَاضِي وِلَايَةُ صَرفِ مِثلِهِ إِلَيهِ. وَقِيلَ: يَصرِفُهُ بِغَيرِ أَمرِ القَاضِي؛ لِأَنَّهُ لِلَّقِيطِ ظَاهِرًا (وَلَهُ وِلَايَةُ الإِنفَاقِ وَشِرَاءُ مَا لَا بُدَّ لَهُ مِنهُ) كَالطَّعَامِ وَالكِسوَةِ؛ لِأَنَّهُ مِن الإِنفَاقِ.

(وَلَا يَجُوزُ تَزوِيجُ المُلتَقِطِ) لِانعِدَامِ سَبَبِ الوِلَايَةِ مِن القَرَابَةِ وَالمِلكِ وَالسَّلطَنَةِ.

قَالَ: (وَلَا تَصَرُّفُهُ فِي مَالِ المُلتَقِطِ) اعتِبَارًا بِالأُمِّ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ وِلَايَةَ التَّصَرُّفِ لِتَثمِيرِ المَالِ، وَذَلِكَ يَتَحَقَّقُ بِالرَّأيِ الكَامِلِ وَالشَّفَقَةِ الوَافِرَةِ وَالمَوجُودُ فِي كُلِّ وَاحِد مِنهُمَا أَحَدُهُمَا.

قَالَ: (وَيَجُوزُ أَن يَقبِضَ لَهُ الهِبَةَ)؛ لِأَنَّهُ نَفعٌ مَحضٌ وَلِهَذَا يَملِكُهُ الصَّغِيرُ بِنَفسِهِ إِذَا كَانَ عَاقِلًا وَتَملِكُهُ الأُمُّ وَوَصِيُّهَا.

وفي المبسوط: وكذا تكون الدابة لسبق يده عليه، فإن المركوب تبع لراكبه، وهو كمالٍ آخر معه[1]، وبه قال الشافعي، وأحمد.

قوله: (**وللقاضي صرف مثله إليه**) وكذا لغيره بأمره، وبه قال الشافعي، فقال: لو أنفق بغير إذن القاضي ضمنه، وإن لم يكن حاكم وأنفق بدون الإشهاد ضمن أيضًا، وإن أنفق بالإشهاد ففيه قولان.

قوله: (**لأنه**)؛ أي: شراء ما لا بد من الإنفاق عليه، وبه قال أحمد.

قوله: (**ولا تَصَرُّفُهُ**)؛ أي: ولا يجوز تصرف الملتقط في مال اللقيط كالتزويج، أي: بلا خلاف.

قوله: (**في كل منهما**)؛ أي: من الأم والملتقط.

(**أحدهما**)؛ أي: الرأي الكامل أو الشفقة، فالموجود في الملتقط رأي كامل، ولا شفقة له، وفي الأم شفقة كاملة ولا رأي لها، بخلاف الأب؛ لأن فيه كليهما.

التثقيف: تقويم المعوج بالثِّقاف، وهو ما تُسَوَّى به الرماح، ويستعار للتهذيب والتأديب، فإن من اشتغل بعمل قلما يشتغل بالفساد.

قوله: (**لأنها تملكه**)؛ أي: إتلاف منافع الولد بالاستخدام والإعارة بلا عوض، فبالعوض بالإجارة أولى.

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٠/ ٢١٦).

قَالَ: (وَيُسَلِّمُهُ فِي صِنَاعَة)؛ لِأَنَّهُ مِن بَابِ تَثقِيفِهِ وَحِفظِ حَالِهِ. قَالَ: (وَيُؤَاجِرُهُ) قَالَ العَبدُ الضَّعِيفُ: وَهَذَا رِوَايَةُ القُدُورِيِّ فِي مُختَصَرِهِ، وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: لَا يَجُوزُ أَن يُؤَاجِرَهُ، ذَكَرَهُ فِي الكَرَاهِيَةِ وَهُوَ الأَصَحُّ. وَجهُ الأَوَّلِ: أَنَّهُ يرجِعُ إِلَى تَثقِيفِهِ. وَوَجهُ الثَّانِي: أَنَّهُ لَا يَملِكُ إتلَافَ مَنَافِعِهِ فَأَشبَهَ العَمَّ. بِخِلَافِ الأُمِّ؛ لِأَنَّهَا تَملِكُهُ عَلَى مَا نَذكُرُهُ فِي الكَرَاهِيَةِ إن شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كِتَابُ اللُّقَطَةِ

كتاب اللقطة

تناسب البابين ظاهر، وقيل: خُصَّ لفظ اللقطة بالمال؛ لأن الفُعَلة ـ بضم الفاء وفتح العين ـ نعت المبالغة في الفاعل، كالضُّحَكة واللُّعَبة. ذكره في التيسير.

واللقيط: فعيل بمعنى المفعول، فاللفظ الدال على الفاعلية أولى بالمال لزيادة مثل الإنسان برفعه، كأنها تأمر كل من رآها برفعها، كأنها هي رافعة نفسها على الإسناد المجازي، كناقة حلوب وركوب، كأنها تحلب نفسها وتركب نفسها على وجه المبالغة، لزيادة رغبة من رآها في الحلب والركوب، أما الطفل المنبوذ لا يميل كل من رآه برفعه؛ لزيادة ضرر حاضر، فإن أمه نبذته قصدًا لضرر حاضر، بخلاف اللقطة؛ فإن فيها نفع حاضر.

في المغرب: اللقطة: الشيء تجده ملقى فتأخذه، وقيل: المال الضائع عن ربه يلتقطه غيره(١).

وعن الخليل: اللقطة ـ بفتح القاف ـ : المال الملقوط، مثل: الضُّحَكَة الذي يضحك منه.

وعن الأصمعي، وابن الأعرابي، والفراء: بفتح القاف، اسم للمال أيضًا.

وفي المبسوط: اختلف في رفعه، فالمتقشفة يقولون: لا يَحِلُّ رفعها؛ لأنه أخذ مال الغير بغير إذنه، وذا حرام شرعًا، وهو مخالف للحديث وإجماع الأمة.

وقال بعض التابعين: يَحِلُّ رفعها، ولكن الترك أفضل، وبه قال أحمد.

وعند عامة الفقهاء والعلماء: رفعها أفضل إذا وجدها بمضيعة وأمن على نفسها، واختاره أبو الخطاب الحنبلي.

وعن الشافعي في قول: إذا لم يأمن عليها رفعها واجب بقوله تعالى:

---

(١) المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي (ص ٤٢٦).

قَالَ: (اللُّقَطَةُ أَمَانَةٌ إِذَا أَشهَدَ المُلتَقِطُ أَنَّهُ يَأخُذُهَا لِيَحفَظَهَا وَيَرُدَّهَا عَلَى صَاحِبِهَا) لِأَنَّ الأَخذَ عَلَى هَذَا الوَجهِ مَأذُونٌ فِيهِ شَرعًا، بَل هُوَ الأَفضَلُ عِندَ عَامَّةِ العُلَمَاءِ. وَهُوَ الوَاجِبُ إِذَا خَافَ الضَّيَاعَ عَلَى مَا قَالُوا، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ لَا تَكُونُ مَضمُونَةً عَلَيهِ، وَكَذَلِكَ إِذَا تَصَادَقَا أَنَّهُ أَخَذَهَا لِلمَالِكِ، لِأَنَّ تَصَادُقَهُمَا حُجَّةٌ فِي حَقِّهِمَا فَصَارَ كَالبَيِّنَةِ، وَلَو أَقَرَّ أَنَّهُ أَخَذَهَا لِنَفسِهِ، يَضمَنُ بِالإِجمَاعِ، لِأَنَّهُ أَخَذَ مَالَ غَيرِهِ بِغَيرِ إِذنِهِ وَبِغَيرِ إِذنِ الشَّرعِ، وَإِن لَم يَشهَد الشُّهُودُ عَلَيهِ وَقَالَ الآخِذُ: أَخَذته لِلمَالِكِ، وَكَذَّبَهُ المَالِكُ يَضمَنُ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّد.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا يَضمَنُ وَالقَولُ قَولُهُ(*)، لِأَنَّ الظَّاهِرَ شَاهِدٌ لَهُ لِاختِيَارِهِ الحِسبَةَ دُونَ المَعصِيَةِ، وَلَهُمَا: أَنَّهُ أَقَرَّ بِسَبَبِ الضَّمَانِ، وَهُوَ أَخذُ مَالِ الغَيرِ وَادَّعَى

﴿وَٱلۡمُؤۡمِنُونَ وَٱلۡمُؤۡمِنَٰتُ بَعۡضُهُمۡ أَوۡلِيَآءُ بَعۡضٖۚ﴾ [التوبة:٧١] فإذا كان وليه وجب عليه حفظ ماله.

وقال مالك: إن كان شيئًا له بال فرفعه، أحب إليّ؛ فإن فيه حفظ مال المسلم، فكان أولى من تضييعه.

وفي الذخيرة: نوع(١) يفترض [رفعها](٢)، وهو لو خاف ضياعها بتركها.

قوله: (تصادقها)؛ أي: المالك والملتقط **(وصار)**؛ أي: التصادق كبينة الملتقط على أنه أخذها للرد.

قوله: (وقال أبو يوسف: لا يضمن) وبه قال الشافعي، ومالك، وأحمد؛ لأن الإشهاد غير واجب عليه عندهم بل مستحب.

وذكر في شرح الأقطع قول محمد مثل قول أبي يوسف في أنه لا يضمن، والقول له مع يمينه أنه أخذها للرد.

(لأن الظاهر شاهد له)؛ أي: للملتقط **(لاختياره الحسبة)** إذ مطلق فعل المسلم محمول على ما يحل شرعًا، قال عليه السلام: «**لا تَظُنَّنَ بكلمةٍ خرجَتْ**

(*) الراجح: قول أبي يوسف.

(١) كذا في النسختين، والسياق بدونها أليق.

(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

مَا يُبَرِّئُهُ، وَهُوَ الأَخذُ لِمَالِكِهِ وَفِيهِ وَقَعَ الشَّكُّ فَلَا يَبرَأُ، وَمَا ذُكِرَ مِن الظَّاهِرِ يُعَارِضُهُ مِثلُهُ، لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَن يَكُونَ المُتَصَرِّفُ عَامِلًا لِنَفسِهِ. وَيَكفِيهِ فِي الإِشهَادِ أَن يَقُولَ: مَن سَمِعتُمُوهُ يَنشُدُ لُقَطَة فَدُلُّوهُ عَلَيَّ وَاحِدَة كَانَت اللُّقَطَةُ أَو أَكثَرَ، لِأَنَّها اسمُ جِنس.

قَالَ: (فَإِن كَانَت أَقَلَّ مِن عَشَرَةِ دَرَاهِمَ عَرَّفَهَا أَيَّامًا، وَإِن كَانَت عَشَرَة فَصَاعِدا عَرَّفَهَا حَولًا) قَالَ العَبدُ الضَّعِيفُ: وَهَذِهِ رِوَايَةٌ عَن أَبِي حَنِيفَةَ.

مِنْ فِيِّ أخيكَ سوءًا وأنتَ تجدُ لَها مَحمَلًا في الخَيرِ»[1]، ولأن صاحبها يدعي سبب الضمان وهو ينكر، فالقول له كما في الغصب، ولأنه احتمل أنه أخذه لنفسه، واحتمل أنه أخذه للمالك، فلا يضمن بالشك.

ولهما: أنه أقر بسبب الضمان إذا أخذ مال الغير بغير إذنه سبب الضمان، والإذن مقيد بالإشهاد شرعا، قال عليه السلام: «**من وجد لقطة فليشهد ذوي عدل**»[2] والأمر المطلق يقتضي الوجوب، فإذا ترك الإشهاد فالظاهر أنه أخذه [٢/٣٦/أ] لنفسه فيضمن، وقوله: (**أخذته للمالك**)[3] دعوى ما تبرئه عن الضمان، فلا يبطل الإبراء بالشك، كمن أخذ للغير مالًا وهلك في يده، ثم ادعى أن صاحبه أودعه؛ لم يصدّق في ذلك إلا بحجة.

(**وما ذكر**)؛ أي: أبو يوسف.

قوله: (**عاملا لنفسه**)؛ إذ كلُّ حرٍّ يعمل لنفسه ما لم يظهر منه دليل على أنه عامل لغيره، والدليل الإشهاد. كذا في المبسوط[4].

وفي فتاوى قاضي خان: هذا الاختلاف في الإشهاد فيما إذا أمكنه الإشهاد، فأما إذا لم يمكنه عند الرفع، أو خاف أنه لو أشهد يأخذه منه الظالم فيترك الإشهاد، لا يضمن بالإجماع.

قوله: (**لأنها**)؛ أي: اللقطة اسم جنس. وعن أحمد: ينبغي أن يذكر جنسها من ذهب أو فضة.

---

(١) ذكره الزيلعي في تخريج أحاديث الكشاف أنه من قول عمر رضي الله عنه، وذكر له أسانيد ثلاثة.

(٢) أخرجه أبو داود (٢/١٣٦ برقم ١٧٠٩)، وابن ماجة (٢/٨٣٧ برقم ٢٥٠٥)، وابن حبان (١١/٢٥٦ برقم ٤٨٩٤) من حديث عِيَاضِ بْنِ حِمَارٍ رضي الله عنه.

(٣) انظر ص ٤٤٠.

(٤) المبسوط للسَّرَخْسِي (١١/١٢).

وَقَولُهُ: «أَيَّاما» مَعنَاهُ عَلَى حَسَبِ مَا يَرَى. وَقَدَّرَهُ مُحَمَّدٌ فِي الأَصلِ: بِالحَولِ مِن غَيرِ تَفصِيلٍ بَينَ القَلِيلِ وَالكَثِيرِ، وَهُوَ قَولُ مَالِك وَالشَّافِعِيِّ لِقَولِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَن التَقَطَ شَيئًا فَليُعَرِّفهُ سَنَة» مِن غَيرِ فَصل.

وَجهُ الأَوَّلِ: أَنَّ التَّقدِيرَ بِالحَولِ وَرَدَ فِي لُقَطَة كَانَت مِائَةَ دِينَار تُسَاوِي أَلفَ دِرهَم، وَالعَشَرَةُ وَمَا فَوقَهَا فِي مَعنَى الأَلفِ فِي تَعَلُّقِ القَطعِ بِهِ فِي السَّرِقَةِ وَتَعَلُّقِ استِحلَالِ الفَرجِ بِهِ وَلَيسَت فِي مَعنَاهَا فِي حَقِّ تَعَلُّقِ الزَّكَاةِ، فَأَوجَبنَا التَّعرِيفَ بِالحَولِ احتِيَاطًا، وَمَا دُونَ العَشَرَةِ لَيسَ فِي مَعنَى الأَلفِ بِوَجه مَا، فَفَوَّضنَا إِلَى رَأيِ المُبتَلَى بِهِ، وَقِيلَ: الصَّحِيحُ أَنَّ شَيئًا مِن هَذِهِ المَقَادِيرِ لَيسَ بِلَازِم، وَيُفَوَّضُ إِلَى رَأيِ المُلتَقِطِ يُعَرِّفُهَا إِلَى أَن يَغلِبَ عَلَى ظَنِّهِ أَنَّ صَاحِبَهَا لَا يَطلُبُهَا بَعدَ ذَلِكَ ثُمَّ يَتَصَدَّقُ بِهَا، وَإِن كَانَت اللُّقَطَةُ شَيئًا لَا يَبقَى عَرَّفَهُ، حَتَّى إِذَا خَافَ أَن يَفسُدَ تَصَدَّقَ بِهِ، .....

قوله: (وهو قول مالك والشافعي) وأحمد وظاهر رواية أصحابنا.

(**من غير فصل**)؛ أي: بين القليل والكثير، وهذا روي عن عمر وعلي وابن عباس؛ لأن السَّنة لا تتأخر عنها القوافل، ويمضي فيها الزمان الذي يقصد فيه البلاد من الحرِّ والبرد والاعتدال، فصلحت قدرًا كمدة أجَلِ العنِّين.

وما روي عن أُبَي بن كعب أنه عليه السلام «أمره بتعريف مائة الدينار ثلاثة أعوام» [غير صحيح. قال أبو داود: شك الراوي في ذلك وقال: لا أدري ثلاثة أعوام][1] أو عام واحد.

(**وقيل: الصحيح**) إلى آخره: وبهذا قال بعض أصحاب مالك وأصحاب أحمد.

قوله: (تصدق به)؛ لأن في التصدق عوض آجل وهو الثواب، أو عاجل وهو الضمان.

---

(١) ما بين المعقوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من النسخة الثانية.

وَيَنبَغِي أَن يُعَرِّفَهَا فِي المَوضِعِ الَّذِي أَصَابَهَا. وَفِي الجَامِعِ: فَإِنَّ ذَلِكَ أَقرَبُ إِلَى الوُصُولِ إِلَى صَاحِبِهَا، وَإِن كَانَت اللُّقَطَةُ شَيئًا يُعلَمُ أَنَّ صَاحِبَهَا لَا يَطلُبُهَا كَالنَّوَاةِ وَقُشُورِ الرُّمَّانِ، يَكُونُ إِلقَاؤُهُ إِبَاحَة، حَتَّى جَازَ الِانتِفَاعُ بِهِ مِن غَيرِ تَعرِيف، وَلَكِنَّهُ مُبقًى عَلَى مِلكِ مَالِكِهِ، لِأَنَّ التَّملِيكَ مِن المَجهُولِ لَا يَصِحُّ.

قوله: (كالنواة وقشور الرمان)؛ أي: في مواضع مختلفة لو وجد من ذلك شيئًا كثيرًا فجمعها، وصار بحكم الكثرة لها قيمة؛ لا بأس بالانتفاع بها؛ لأن كل واحد لا قيمة له، وإنما ظهرت القيمة بصنعه وهو جمعه، وقد روي أنه عليه السلام رأى تمرة على الطريق، فقال: «**لَوْلَا أن تَكونَ تَمْرَ الصَّدقةِ لأَكَلْتُها**»[1]، وقد روي ذلك عن عمر وعلي وابن عمر وعائشة، ولا يُعلم فيه خلاف بين أهل العلم، إلا أن عند مالك: يجوز أكل الطعام أيضًا وإن كان له قيمة.

قوله: (ولكنه)؛ أي: الشيء اليسير كالنواة **(مبقًّى على ملك مالكه)** فإذا وجده مالكه في يده فله أن يأخذه؛ لأنه عين ملكه، إذ بإلقائه يبيح الانتفاع للواجد، ولم يكن تمليكا منه؛ إذ التمليك في المجهول لا يصح، وملك المبيح لا يزول بالإباحة.

وذكر شيخ الإسلام: ولو كانت متفرقة فجمعها؛ ليس للمالك أخذها بعد الجمع؛ لأنه يصير ملكا للآخذ بالجمع. وكذا الجواب في التقاط السنابل، وبه كان يفتي الصدر الشهيد. كذا في الذخيرة.

وفي المحيط: لو وجد النواة والقشور في أماكن متفرقة يجوز الانتفاع بها؛ لأن صاحبها لما جمعها فالظاهر أنه ما ألقاها، بل سقطت منه.

وفي المبسوط: رُوي عن بشر عن أبي يوسف: لو جزَّ صوف شاة ميتة ملقاة كان له أن ينتفع به، ولو وجده صاحب الدار في يده كان له أن يأخذه منه، ولو دبغ جلدها كان لصاحبها أن يأخذ الجلد منه بعدما يعطيه ما زاد الدباغ فيه؛ لأنه ملكه لم يزل بالاتفاق، والصوف مال متقوم بلا اتصال بشيء، وله أن يأخذه

---

(١) أخرجه البخاري (٣/ ٥٤ برقم ٢٠٥٥)، ومسلم (٢/ ٧٥٢ برقم ١٠٧١) من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه.

قَالَ: (فَإِن جَاءَ صَاحِبُهَا وَإِلَّا تَصَدَّقَ بِهَا) إيصالا لِلحَقِّ إِلَى المُستَحِقِّ، وَهُوَ وَاجِبٌ بِقَدرِ الإِمكَانِ، وَذَلِكَ بِإِيصَالِ عَينِهَا عِندَ الظَّفَرِ بِصَاحِبِهَا وَإِيصَالِ العِوَضِ، وَهُوَ الثَّوَابُ عَلَى اعتِبَارِ إِجَازَةِ التَّصَدُّقِ بِهَا، وَإِن شَاءَ أَمسَكَهَا رَجَاءَ الظَّفَرِ بِصَاحِبِهَا.

مجانا، أما الجلد صار متقوِّمًا بالدباغ، فإذا أخذه يعطيه ما زاد الدباغ فيه[١].

قوله: (**فإن جاء صاحبها**)؛ أي: بعد التعريف (**وإلا تصدق بها**) فإذا جاء صاحبها خُيِّرَ بين الإجازة والغرم، وبه قال مالك، والثوري، وحسن بن صالح[٢].

وقال الشافعي، وأحمد: فإذا لم يجئ بعد التعريف ملكها الملتقط بحكم القرض، فصارت من ماله كسائر أمواله، غنيًّا كان الملتقط أو فقيرًا. وروي مثله عن عمر وابن مسعود وعائشة، وبه قال عطاء وإسحق وابن المنذر.

احتج بحديث زيد بن خالد «فإن لم تُعرَفْ فاسْتَنْفِقْها»[٣] وفي ثم «كُلْها»[٤]، وفي رواية: «فاسْتَمتِعْ بِها»[٥] ولأن بالالتقاط بعد التعريف يجوز له تملكه كالفقير.

ولنا: حديث أبي هريرة عن النبي ﷺ سئل عن اللقطة فقال: «**عَرِّفْها حَولًا فإنْ جاءَ رَبُّها وإلّا تَصَدَّقْ بِها**»[٦] فإن جاء ربها فرضي بالأجر وإلا غرمها، ولأنها ملك الغير فلا يملكها كغيرها، ويتملكها الفقير عندنا؛ لما روى عياض بن حمار

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١١/ ٢).

(٢) في الأصل: (مالك) والصواب من النسخة الثانية.

(٣) أخرجه البخاري (٣/ ١٢٤ برقم ٢٤٢٧)، ومسلم (٣/ ١٣٤٩ برقم ١٧٢٢) من حديث زيد بن خالد الجهني رضي الله عنه.

(٤) أخرج هذه اللفظة البيهقي في معرفة السنن والآثار (٩/ ٧٦ برقم ١٢٣٩٩).

(٥) أخرجه البخاري (٣/ ١٢٤ برقم ٢٤٢٦)، ومسلم (٣/ ١٣٥٠ برقم ١٧٢٣) من حديث أبي بن كعب رضي الله عنه.

(٦) أخرجه الحاكم (٢/ ٧٣، رقم ٢٣٧٢) من حديث أبي هريرة، وصححه على شرط مسلم، وأقره الذهبي، وهو عند البخاري (١/ ٢٠، رقم ٩١) من حديث زيد بن خالد رضي الله عنه.

قَالَ: (فَإِن جَاءَ صَاحِبُهَا) يَعنِي: بَعدَمَا تَصَدَّقَ بِهَا (فَهُوَ بِالخِيَارِ: إن شَاءَ أَمضَى الصَّدَقَةَ) وَلَهُ ثَوَابُهَا، لِأَنَّ التَّصَدُّقَ وَإِن حَصَلَ بِإِذنِ الشَّرعِ لَم يَحصُل بِإِذنِهِ فَيَتَوَقَّفُ عَلَى إجَازَتِهِ، وَالمِلكُ يَثبُتُ لِلفَقِيرِ قَبلَ الإِجَازَةِ فَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَى قِيَامِ

المجاشعي أنه عليه السلام قال: «**مَنْ وَجَدَ لُقطَةً فَلْيُشْهِدْ علَيها ذَوَيْ عَدلٍ ولَا يكتمْ، فإنْ وَجدَ صاحِبَها فلْيَرُدَّها عَلَيهِ وإلّا فَهِيَ مالُ اللهِ يُؤتيهِ مَن يَشاء**» رواه النسائي[(١)]، وما يضاف إلى الله تعالى إنما يتملكه من يستحق الصدقة، وعن أحمد مثله.

وحديث خالد يمكن أن يكون في فقير، فيحمل عليه جمعا بين الأحاديث، وما قيل: إن حديث أبي هريرة غير ثابت؛ فليس كذلك، بل نقله العدول، وموافق للنصوص في عدم جواز تملك ملك الغير بغير إذنه.

ثم عند الشافعي وأحمد يتملكها حكمًا كالميراث [٢/ ٣٦/ ب]، واختلف أصحاب الشافعي، فقال بعضهم كذلك، وقيل: يتملكها بقوله: (اخترت)، وقيل: بالتصرف فيها، وقيل: بالنية، ولكن يتملكها بعوض يثبت في ذمته لصاحبها، كالقرض إذا تعذر ردها، وبه قال أحمد في رواية، والظاهر عن أحمد أنه يتملكها بغير عوض.

قوله: (**والملك يثبت للفقير قبل الإجازة**)؛ لأنه تصدق بإذن الشرع، فيملكه الفقير بنفس الأخذ؛ لأن الفقير يأخذ الصدقة من الله تعالى؛ لما روي أنه عليه السلام قال: («**الصَّدقَةُ تَقَعُ...**»)[(٢)] الحديث، فلا يتوقف على قيام المحل، حتى لو هلك اللقطة في يد الفقير تجوز الإجازة.

فإن قيل: لو ثبت الملك بالأخذ ينبغي ألا يأخذه المالك إذا [كان][(٣)] قائما في يد الفقير.

---

(١) أخرجه أبو داود (٢/ ١٣٦، رقم ١٧٠٩)، والنسائي في الكبرى (٨/ ٤٣٦، رقم ٥٩٦٨)، وابن ماجه (/ ٨٣٧، رقم ٢٥٠٥) من حديث عياض بن حمار ﵁، وصححه الشيخ الألباني في صحيح أبي داود (٥/ ٣٩٣، رقم ١٥٠٣).

(٢) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير (٩/ ١٠٩ برقم ٨٥٧١) من حديث عبد الله بن مسعود ﵄.

قال الهيثمي: فيه عبد الله بن قتادة المحاربي، ولم يضعفه أحد، وبقية رجاله ثقات. مجمع الزوائد (٣/ ١١١).

(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

المَحِلِّ، بِخِلَافِ بَيعِ الفُضُولِيِّ لِثُبُوتِهِ بَعدَ الإِجَازَةِ فِيهِ (وَإِن شَاءَ ضَمِنَ المُلتَقِطُ) لِأَنَّهُ

قلنا: ثبوت الملك لا يمنع صحة الاسترداد، كالواهب يملك الرجوع، وكالمرتد لو عاد من دار الحرب بعد[1] القسمة بين ورثته.

قوله: (وإن شاء ضمن الملتقط):

فإن قيل: كيف يضمنه وقد تصدق بإذن الشرع؟

قلنا: الشرع أباح له التصدق وما ألزمه ذلك، ومثل هذا الإذن مسقط للإثم عنه، غير مسقط للضمان حقًّا لصاحب المال، كتناول المضطر مال الغير، فإن ضمنه يكون الثواب له؛ لأنه ملكه من وقت التصدق، ولا يرجع كل واحد من الفقير والملتقط على الآخر، فأما الملتقط فإنه ملكه بالضمان، وظهر أنه تصدق ملك نفسه، وأما الفقير فإنه في القبض عامل لنفسه، فلا يرجع بما لحقه من الضمان على غيره.

وحكي عن القاضي أبي جعفر أنه كان يقول: ما ذكر في الكتاب من تضمين الملتقط محمول على ما إذا تصدق بغير إذن القاضي، أما لو تصدق بأمره فليس للمالك أن يضمنه، ولكن ليس بصواب؛ إذ تصدق الملتقط بأمر القاضي لا يكون أعلى حالًا من تصدق القاضي بنفسه، وهناك يضمن القاضي، فهاهنا أولى. كذا في الذخيرة، وفتاوى قاضي خان[2].

وفي السير الكبير: الحاصل: أن التصدق بها رخصة، سواء كان الملتقط حاكما أو غيره؛ إذ الأصل أن يمسكها الإمام ويضعها في بيت المال إلى أن يجيء صاحبها، فإذا تصدق كان كواحد من الرعايا؛ لأن التصدق بها غير داخل تحت ولاية الإمام، ولو كانت اللقطة شيئًا يخاف عليها الفساد فالقاضي بالخيار، إن شاء تصدق بها[3] وإن شاء باعها، فلو حضر مالكها بعد البيع أخذ الثمن، ولا يضمن القاضي؛ لأنه بيع وجب على الحاكم؛ لأنه خاف الفساد على مال الغائب، وحفظ مال الغائب داخل تحت ولايته بطريق النص، فكان القاضي كالنائب عنه، وهناك لا ضمان فكذا هاهنا، ثم القاضي يمسك الثمن

---

(١) في الأصل: (بين)، والمثبت من النسخة الثانية.

(٢) فتاوى قاضي خان (٣/ ٢٣٧).

(٣) بعدها في الأصل: (غير داخل) والسياق بدونها أليق.

سَلَّمَ مَالَهُ إِلَى غَيرِهِ بِغَيرِ إِذنِهِ، إِلَّا أَنَّهُ بِإِبَاحَةٍ مِن جِهَةِ الشَّرعِ، وَهَذَا لَا يُنَافِي الضَّمَانَ حَقًّا لِلعَبدِ كَمَا فِي تَنَاوُلِ مَالِ الغَيرِ حَالَةَ المَخْمَصَةِ، وَإِن شَاءَ ضَمِنَ المِسكِينُ إِذَا هَلَكَ فِي يَدِهِ، لِأَنَّهُ قَبَضَ مَالَهُ بِغَيرِ إِذنِهِ، وَإِن كَانَ قَائِما أَخَذَهُ، لِأَنَّهُ وَجَدَ عَينَ مَالِهِ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ الِالتِقَاطُ فِي الشَّاةِ وَالبَقَرِ وَالبَعِيرِ) وَقَالَ مَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ: إِذَا وُجِدَ البَعِيرُ وَالبَقَرُ فِي الصَّحرَاءِ فَالتَّركُ أَفضَلُ.

إلى أن يجيء صاحبه وإن رأى التصدق فعل، ولو جاء صاحبه ولم يجز صدقته كان له أن يضمنه على ما ذكرنا.

قال الشافعي: لا يبيعه إلا بأمر القاضي، فإن عجز عنه باعه بنفسه، وعندنا وأحمد ومالك: يجوز بيعه بنفسه، وأكله يجوز بالإجماع، فإذا جاء صاحبها يعرفه [بالأكل][1] بالإجماع.

قوله: (وقال الشافعي ومالك) إلى آخره: وبه قال أحمد.

وفي المغني، والحلية: كل حيوان يقوى على الامتناع من صغار السباع وورود الماء لا يجوز التقاطه ولا التعرض له، إلا للإمام أو نائبه للحفظ يجوز أخذها، وللغير يجوز للحفظ لا للتملك في أصح الوجهين؛ لئلا يأخذها خائن، سواء كان لكبر جثته كالإبل والبقر والخيل والبغل، أو لطيرانه كالطيور المملوكة كلها، أو لسرعته كالظباء والصيود المملوكة، أو بنابه كالكلاب والفهود المملوكة[2].

وعن مالك والليث: في ضالة الإبل لو وجدها في القرى عرَّفها، وفي الصحراء لا يتعرض لها، وهو رواية المزني عن الشافعي. وعن مالك: أن البقر كالشاة، أما إذا وجدها في مَسْبَعة يغلب على الظن هلاكها، أو في بَرِّية لا ماء فيها، ولا مرعى؛ فالأولى أخذها عند الكل.

وفي الوجيز: لو وجدها في بلدة أو قرية أو قريب منهما فوجهان، أحدهما: لا يجوز كالمفازة، وأصحهما: يجوز، وهذا إذا كان في وقت أمن، أما في زمان النهب والفساد يجوز في الصحراء والعمران، وما لا يمتنع من

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) المغني لابن قدامة (٦/ ١٠٧).

وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ الفَرَسُ. لَهُمَا: أَنَّ الأَصلَ فِي أَخذِ مَالِ الغَيرِ الحُرمَةُ وَالإِبَاحَةُ مَخَافَةَ الضَّيَاعِ، وَإِذَا كَانَ مَعَهَا مَا تَدفَعُ عَن نَفسِهَا يَقِلُّ الضَّيَاعُ وَلَكِنَّهُ يُتَوَهَّمُ، فَيَقضِي بِالكَرَاهَةِ وَالنَّدبِ إِلَى التَّركِ.

صغار السباع كالكسير والغنم والعجول والفصلان يجوز التقاطه في المفازة، وفي العمران في الأصح(١).

وفي شرح الأقطع: الخلاف في الجواز، وذكر في الكتاب الخلاف في الأفضلية وروايات كتبهم ومتمسكهم يدل على أن الخلاف في الجواز.

لهم: ما روي أنه عليه السلام سئل عنها، فقال: «**مالكَ ولَها معَها حِذاؤها وسِقاؤها [٢/ ٣٧/أ] تَرِدُ الماءَ وتأكُلُ الشجرَ دَعْها حتّى يَجِدَها رَبُّها**»(٢). وروي عن جرير بن عبد الله أنه أمر بطرد بقرة لحقت ببقرة حتى توارت، فقال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «**لَا يُؤوِي الضَّالَّةَ إلّا ضَالٌّ**» رواه أبو داود(٣). وقال عليه السلام: «**إنّ ضالّةَ المُسلمِ حَرقُ النّارِ**»(٤) رواه جماعة.

ولأن إباحة أخذ مال الغير مخافة ضياعها **(وإذا كان معها)**؛ أي: مع اللقطة **(ما تدفع عن نفسها)**؛ أي: صغار السباع، فإن البعير والفرس يصول، والبقر يدفع بقرنيه، فلا يكون في الأخذ صيانة **(ولكنه)**؛ أي: الضياع **(متوهم فيقضى بالكراهة)**؛ أي: بكراهة الأخذ، يعني فيه احتمال عدم الرضا من المالك، فيكره الأخذ ويندب الترك، بخلاف ما إذا كان مَسْبَعة فيها كبار السباع؛ حيث يجب

---

(١) العزيز شرح الوجيز للرافعي (٦/ ٣٥٤).

(٢) أخرجه البخاري (١/ ٣٠ رقم ٩١)، ومسلم (٣/ ١٣٤٦ رقم ١٧٢٢) من حديث زيد بن خالد الجهني رضي الله عنه.

(٣) أخرجه أبي داود (٢/ ١٣٩ برقم ١٧٢٠)، وابن ماجه (٢/ ٨٣٦ برقم ٢٥٠٣) من حديث جرير بن عبد الله رضي الله عنه.
نقل ابن عبد الهادي عن علي بن المديني أنه قال: فيه الضحاك ولا يعرفونه، روى عنه أبو حيان، ولم يرو عنه غيره. تنقيح التحقيق (٤/ ٢٣٥).

(٤) أخرجه النسائي في السنن الكبرى (٥/ ٣٣٧ رقم ٥٧٥٨)، وابن ماجه (٢/ ٨٣٦ رقم ٢٥٠٥)، وابن حبان (١١/ ٢٤٩ برقم ٤٨٨٨) من حديث عبد الله بن الشخير رضي الله عنه.
قال ابن حجر: أخرجه النسائي بإسناد صحيح. فتح الباري (٥/ ٩٢).

وَلَنَا: أَنَّهَا لُقَطَةٌ يُتَوَهَّمُ ضَيَاعُهَا فَيُستَحَبُّ أَخذُهَا وَتَعرِيفُهَا صِيَانَة لِأَموَالِ النَّاسِ كَمَا فِي الشَّاةِ (فَإِن أَنفَقَ المُلتَقِطُ عَلَيهَا بِغَيرِ إِذنِ الحَاكِمِ فَهُوَ مُتَبَرِّعٌ) لِقُصُورِ وِلَايَتِهِ عَن ذِمَّةِ المَالِكِ، وَإِن أَنفَقَ بِأَمرِهِ كَانَ ذَلِكَ دَينًا عَلَى صَاحِبِهَا، لِأَنَّ لِلقَاضِي وِلَايَةً

لَقْطُها صيانةً لها عن الضياع.

ولنا: ما روي عن عياض أنه عليه السلام قد سئل عن الضالة فقال: «**عَرِّفْها، فإن وجدْتَ ربَّها، وإلّا فهيَ مالُ اللهِ يُؤتيهِ مَنْ يشاء**»[1]. وعن سفيان وروى الطحاوي بإسناده أن ثابت بن الضحاك الأنصاري وجد بعيرًا، فقال له عمر: عَرِّفه، فعرف ذلك ثلاث مرات، ثم جاء إلى عمر، فقال عمر: انزع خطامه وأرسله حيث وجدته.

وسأل رجل عن ابن عمر أني أصبت ناقة، فقال: عَرِّفها، فقال: عرفتها فلم تُعرَفْ، فقال: ادفعها إلى الوالي. ولأنها لقطة، فربما تصل إليها يد خائنة، فكان أخذها سببًا لصيانتها كالشاة.

وما روي أنه عليه السلام قال: «**ضَالَّةُ المُسلمِ حَرْقُ النّارِ**»[2] يعني: إذا أخذها للركوب لا للتعريف، ويحتمل أن يكون الإيواء الذي في حديث جرير إيواء لا تعريف مع ذلك، بل هي إيواء لنفسها، بدليل حديث سراقة بن مالك أنه قال: يا رسول الله، أرأيت الضالة ترد على حوض إبلي، أَلِي أجر إن أسقيتها؟ فقال: «**وَفِي الكَبِدِ الحَرَّاءِ أَجْرٌ**»[3] وفي حال سقيه مُؤْوي لها.

وحديث حذاؤها وسقاؤها محمول على ما لم يخف، أما إذا خيف عليها أخذها للصيانة على ربها أولى.

والحذاء ـ بكسر الحاء وذال معجمة وألف ممدودة ـ : أراد به خفافها التي تقوى بها على السير، وأراد بالسقاء إذا وردت الماء تشرب ما يكون ريُّها من ظمئها.

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) أخرجه أحمد (٤/ ١٧٥ برقم ١٧٦٢٤) من حديث سراقة بن مالك رضي الله عنه.

فِي مَالِ الغَائِبِ نَظَرًا لَهُ، وَقَد يَكُونُ النَّظَرُ فِي الإِنفَاقِ عَلَى مَا نُبَيِّنُ (وَإِذَا رُفِعَ ذَلِكَ إِلَى الحَاكِمِ نَظَرَ فِيهِ، فَإِن كَانَ لِلبَهِيمَةِ مَنفَعَةٌ آجَرَهَا وَأَنفَقَ عَلَيهَا مِن أُجرَتِهَا) لِأَنَّ فِيهِ إِبقَاءَ العَينِ عَلَى مِلكِهِ مِن غَيرِ إِلزَامِ الدَّينِ عَلَيهِ، وَكَذَلِكَ يُفعَلُ بِالعَبدِ الآبِقِ (وَإِن لَم تَكُن لَهَا مَنفَعَةٌ وَخَافَ أَن تَستَغرِقَ النَّفَقَةُ قِيمَتَهَا بَاعَهَا وَأَمَرَ بِحِفظِ ثَمَنِهَا) إِبقَاء لَهُ مَعنًى عِندَ تَعَذُّرِ إِبقَائِهِ صُورَة (وَإِن كَانَ الأَصلَحُ الإِنفَاقَ عَلَيهَا أَذِنَ فِي ذَلِكَ وَجَعَلَ النَّفَقَةَ دَينًا عَلَى مَالِكِهَا) لِأَنَّهُ نُصِّبَ نَاظِرًا، وَفِي هَذَا نَظَرٌ مِن الجَانِبَينِ، قَالُوا: إِنَّمَا يَأمُرُ بِالإِنفَاقِ يَومَينِ أَو ثَلَاثَةَ أَيَّام عَلَى قَدرِ مَا يَرَى رَجَاءَ أَن يَظهَرَ مَالِكُهَا، فَإِذَا لَم يَظهَر يَأمُرُ بِبَيعِهَا، لِأَنَّ دَارَّةَ النَّفَقَةِ مُستَأصَلَةٌ فَلَا نَظَرَ فِي الإِنفَاقِ مُدَّة مَدِيدَة.

قَالَ ﵁: وَفِي الأَصلِ شَرطُ إِقَامَةِ البَيِّنَةِ وَهُوَ الصَّحِيحُ، لِأَنَّهُ يَحتَمِلُ أَن يَكُونَ غَصبًا فِي يَدِهِ، فَلَا يَأمُرُ فِيهِ بِالإِنفَاقِ، وَإِنَّمَا يَأمُرُ بِهِ فِي الوَدِيعَةِ فَلَا بُدَّ مِن البَيِّنَةِ لِكَشفِ الحَالِ وَلَيسَت البَيِّنَةُ تُقَامُ لِلقَضَاءِ.

وَإِن قَالَ: «لَا بَيِّنَةَ لِي» يَقولُ القَاضِي لَهُ: «أَنفِق عَلَيهِ إِن كُنتَ صَادِقًا فِيمَا قُلتَ» حَتَّى يَرجِعَ عَلَى المَالِكِ إِن كَانَ صَادِقًا، وَلَا يَرجِعُ إِن كَانَ غَاصِبًا.

قوله: (نظرًا من الجانبين)؛ أي: جانب المالك بإيفاء عين ماله وجانب الملتقط بالرجوع.

قوله: (في الأصل)؛ أي: المبسوط شرط إقامة البينة حيث قال: فإن رفعها إلى القاضي وأقام بينة أنه التقطها أمره بأن ينفق عليها.

وقوله: (وليست)؛ أي: البينة تقام للقضاء؛ جواب سؤال وهو أن يقال: البينة لا تقبل، فأجاب عنه وقال: هذه بينة تقام لكشف الحال لا للقضاء، يعني يعلم القاضي أنها لقطة حتى يأمره بالإنفاق، والخصم في مثل هذا ليس بشرط.

وفي الذخيرة: فطريق قبولها أن الإمام خصم فيها عن صاحبها.

(وإن قال)؛ أي: الملتقط **(لا بينة لي)** إلى آخره:

وفي الذخيرة: أمره بالإنفاق مقيدا بين يدي الثقات بأن قال: أمرته بالإنفاق أو بالبيع إن كان الأمر كما قاله، وإن كان خلاف ذلك فلا آمره بشيء، وهذا احتياط نظرا من الجانبين وهو الأصح.

وفي رواية: يرجع بمجرد الأمر، وقد بيناه في اللقيط.

وَقَولُهُ فِي الكِتَابِ: وَجَعَلَ النَّفَقَةَ دَينا عَلَى صَاحِبِهَا، إشَارَةٌ إلَى أَنَّهُ إنَّمَا يَرجِعُ عَلَى المَالِكِ بَعدَ مَا حَضَرَ وَلَم تُبَع اللُّقَطَةُ إذَا شَرَطَ القَاضِي الرُّجُوعَ عَلَى المَالِكِ، وَهَذِهِ رِوَايَةٌ، وَهُوَ الأَصَحُّ. قَالَ: (وَإذَا حَضَرَ) يَعنِي المَالِكُ (فَلِلمُلتَقِطِ أَن يَمنَعَهَا مِنهُ حَتَّى يُحضِرَ النَّفَقَةَ) لِأَنَّهُ حَيِيَ بِنَفَقَتِهِ، فَصَارَ كَأَنَّهُ استَفَادَ المِلكَ مِن جِهَتِهِ فَأَشبَهَ المَبِيعَ؛ وَأَقرَبُ مِن ذَلِكَ رَادُّ الآبِقِ، فَإِنَّ لَهُ الحَبسَ لِاستِيفَاءِ الجُعَلِ لِمَا ذَكَرنَا، ثُمَّ لَا يَسقُطُ دَينُ النَّفَقَةِ بِهَلَاكِهِ فِي يَدِ المُلتَقِطِ قَبلَ الحَبسِ، وَيَسقُطُ إذَا هَلَكَ بَعدَ الحَبسِ، لِأَنَّهُ يَصِيرُ بِالحَبسِ شَبِيهَ الرَّهنِ.

قَالَ: (وَلُقَطَةُ الحِلِّ وَالحَرَمِ سَوَاءٌ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَجِبُ التَّعرِيفُ فِي لُقَطَةِ الحَرَمِ إلَى أَن يَجِيءَ صَاحِبُهَا لِقَولِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي الحَرَمِ: «وَلَا يَحِلُّ لُقَطَتُهَا إلَّا لِمُنشِد» وَلَنَا: قَولُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «اعرِف عِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا ثُمَّ

وقوله: **(لما ذكرنا)** إشارة إلى قوله: **(لا يرضي بنفقته)**.

قوله: (لأنه)؛ أي: اللقطة على تأويل المذكور سببه الرهن، من حيث تعلق حقه به، كالوكيل بالشراء إذا نقد الثمن من ماله، له أن يرجع إلى الموكل، ولو تملك المبيع قبل الحبس لا يسقط ما وجب له على الموكل، ولو هلك المبيع قبل الحبس لا يسقط ما وجب له على الموكل، ولو هلك بعد حبسه يسقط؛ لأنه في معنى الرهن عند اختيار الحبس.

قوله: (ولقطة الحل والحرم سواء): وبه قال مالك وأحمد والشافعي في قول. وقال في قول: يُعرِّفُها حتى يجيء صاحبها، وبه قال أحمد في رواية؛ لقوله عليه السلام في مكة: (**«لا يَحِلُّ لُقَطَتُها»**) وفي رواية: (**ساقِطَتُها إلّا لِمُنْشِدِها**)[١].

قال أبو عبيد: المنشد: المُعرِّف، والناشد: الطالب، معناه: لا تحل لقطة مكة إلا لمن يُعَرِّفْها. وقيل: لا يصح تمسكه إلا إذا جعل المنشد بمعنى الناشد، وجعل (إلا) بمعنى (لا)، تقديره: لا يحل لقطتها لا لغير الملتقط ولا للملتقط.

---

(١) تقدم تخريجه.

عَرِّفهَا سَنَة» مِن غَيرِ فَصلٍ وَلِأَنَّهَا لُقَطةٌ، وَفِي التَّصَدُّقِ بَعدَ مُدَّةِ التَّعرِيفِ إبقَاءُ مِلكِ المَالِكِ مِن وَجه فَيملِكُهُ كَمَا فِي سَائِرِهَا، وَتَأوِيلُ مَا رُوِيَ: أَنَّهُ لَا يَحِلُّ الِالتِقَاطُ إِلَّا لِلتَّعرِيفِ، وَالتَّخصِيصُ بِالحُرمِ لِبَيَانِ أَنَّهُ لَا يَسقُطُ التَّعرِيفُ فِيهِ لِمَكَانِ أَنَّهُ لِلغُرَبَاءِ ظَاهِرًا.

(وَإِذَا حَضَرَ رَجُلٌ فَادَّعَى اللُّقَطَةَ لَم تُدفَع إِلَيهِ حَتَّى يُقِيمَ البَيِّنَةَ. فَإِن أَعطَى عَلَامَتَهَا حَلَّ لِلمُلتَقِطِ أَن يَدفَعَهَا إِلَيهِ، وَلَا يُجبَرُ عَلَى ذَلِكَ فِي القَضَاءِ). وَقَالَ مَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ تَعَالَى: يُجبَرُ، وَالعَلَامَةُ مِثلُ أَن يُسَمِّيَ وَزنَ الدَّرَاهِمِ وَعَدَدَهَا وَوِكَاءَهَا

وروى أنه عليه السلام «**نهى عن لقطة الحاج**» رواه مسلم(١) يعني: يتركها حتى يجيء صاحبها. قاله ابن وهب.

ولنا: قوله عليه السلام: «**اِعْرِفْ عِفاصَها وَوِكاءَها ثُمّ عَرِّفْها سَنَةً**»(٢) لا فصل بين لفظة الحل والحرم.

العِفاصُ: الوعاء الذي تكون فيه النفقة من جلد أو خرقة أو غير ذلك. والوِكاءُ: الرباط الذي يشد به، وما رواه محمول [٢/ ٣٧/ب] على نفي حل الالتقاط إلا للتعريف، ولهذا ذكر في رواية أخرى: «**ولَا يلتَقِطُ لقطةً إلّا من عَرَّفها**»(٣) والتخصيص بالحرم لبيان أنه لا يسقط فيه باعتبار أنها للغرباء ظاهرا، فيؤوّل ويقول: إن مالكها ذهب فلا يحتاج إلى التعريف(٤)، فأزال عليه السلام هذا الوهم بقوله: («**إلّا لِمُنشِدِها**») أي: لِمُعَرِّفِها، أي: لا يعرفها إلا من يعرفها.

قوله: (وقال مالك والشافعي: يجبر) هكذا وقع في نسخ أصحابنا، ولكن القائل بوجوب الدفع بالعلامة مالك وأحمد وداود وابن المنذر، فإن في كتب الشافعي قوله كقولنا.

---

(١) أخرجه مسلم (٣/ ١٣٥١ برقم ١٧٢٤) من حديث عبد الرحمن بن عثمان التيمي عباس رضي الله عنه.
(٢) تقدم تخريجه.
(٣) أخرجه البخاري (٢/ ١٤٧ برقم ١٥٨٧) ومسلم (٢/ ٩٨٦ برقم ١٣٥٣) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.
(٤) وقع في الأصل تكرار من قوله (ولهذا) إلى (التعريف).

وَوِعَاءَهَا. لَهُمَا : أَنَّ صَاحِبَ اليَدِ يُنَازِعُهُ فِي اليَدِ وَلَا يُنَازِعُهُ فِي المِلكِ، فَيُشتَرَطُ الوَصفُ لِوُجُودِ المُنَازَعَةِ مِن وَجه، وَلَا تُشتَرَطُ إقَامَةُ البَيِّنَةِ لِعَدَمِ المُنَازَعَةِ مِن وَجهٍ.

وَلَنَا : أَنَّ اليَدَ حَقٌّ مَقصُودٌ كَالمِلكِ، فَلَا يُستَحَقُّ إلَّا بِحُجَّة وَهُوَ البَيِّنَةُ اعتِبَارًا بِالمِلكِ، إلَّا أَنَّهُ يَحِلُّ لَهُ الدَّفعُ عِندَ إصَابَةِ العَلَامَةِ لِقَولِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «فَإِن جَاءَ صَاحِبُهَا وَعَرَفَ عِفَاصَهَا وَعَدَدَهَا فَادفَعهَا إلَيهِ» وَهَذَا لِلإِبَاحَةِ عَمَلًا بِالمَشهُورِ، وَهُوَ قَولُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «البَيِّنَةُ عَلَى المُدَّعِي» الحَدِيثَ. وَيَأخُذُ مِنهُ كَفِيلًا إذَا كَانَ يَدفَعُهُ إلَيهِ استِيثَاقًا، وَهَذَا بِلَا خِلَاف، لِأَنَّهُ يَأخُذُ الكَفِيلَ لِنَفسِهِ، بِخِلَافِ

واحتجوا بقوله عليه السلام: «**فإن جاءَ أحدٌ يُخبِركَ بِعدَدِها وَوِعائِها وَوِكائِها فادْفَعْها إليه**»[١] ولأن صاحب اليد، إلى آخره.

ولنا: أن اليد حق مقصود كالملك، بدليل وجوب الضمان على غاصب المدبر باعتبار إزالة اليد، فكان يدّعي مالًا في يد غيره، فيحتاج إلى البينة؛ لقوله ﷺ: «**البَيّنةُ على المُدَّعِي**»[٢] والعلامة لا تدل على أنها له، فقد يقف المرء على مال صديقه وقد لا يقف على مال نفسه، وحل الدفع عند إصابة العلامة بالحديث.

قوله: (**وهذا**)؛ أي: قوله ﷺ: «**ادْفَعْهَا**» للإباحة؛ لأن الأمر يجيء لها، يعني: يحمل عليه جمعا بين الحديث المشهور وبينه.

قوله: (**ويأخذ منه**)؛ أي: من صاحبها كفيلا، يعني إذا دفعها بالعلامة، أما لو دفعها بالبينة، فعن أبي حنيفة روايتان، والصحيح: أنه لا يأخذ كفيلا. كذا في جامع قاضي خان.

(**عنده**)؛ أي: عند أبي حنيفة، ورد الضمير إليه وإن لم يسبق ذكره؛ لشهرة حكم تلك المسألة.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

التَّكفِيلِ لِوَارِث غَائِب عِندَهُ. وَإِذَا صَدَّقَه قِيلَ: لَا يُجبَرُ عَلَى الدَّفعِ كَالوَكِيلِ بِقَبضِ الوَدِيعَةِ إِذَا صَدَّقَهُ.

وَقِيلَ: يُجبَرُ، لِأَنَّ المَالِكَ هَاهُنَا غَيرُ ظَاهِر وَالمُودِعُ مَالِكٌ ظَاهِرًا، (وَلَا

صورته: ميراث قسم بين الغرماء أو الورثة، لا يؤخذ من الغريم ولا من الوارث كفيل عند أبي حنيفة، وعندهما يؤخذ.

والفرق لأبي حنيفة: أن حق الحاضر هاهنا غير ثابت، فيمكن أن يكون غيره، فيجيء فيضمنه ولا يتمكن من الرجوع على الآخذ؛ لأنه قد يتوارى فيحتاط بأخذ الكفيل، أما في الميراث فحق الحاضر ثابت ومعلوم، وحق الآخر موهوم، فلا يجوز تأخير حق الحاضر الثابت لموهوم، وهذا التعليل يدل على أن الدفع لو كان بالبينة لا يأخذ الكفيل.

قوله: (لأن المالك هاهنا)؛ أي: مالك آخر غير هذا المدعي في اللقطة **(غير ظاهر)** ولما أقر هو المالك يلزمه إقراره فيجبر بالدفع، وفي الوديعة بعدما صدقه فالملك لغير من حضر، وهو المودع، والمودع أقر له بحق القبض في ملك الغير، وإقراره في ملك الغير غير ملزم، ولو الملتقط بالتصديق أو بالعلامة وجاء آخر وأقام البينة، فإن كانت اللقطة قائمة في يد الآخر انتزعت منه؛ لأن البينة أقوى من الوصف، وإن كانت هلكت فلصاحبها أن يضمن من شاء من الدافع والآخذ، وبه قال الشافعي وأحمد.

وقال ابن القاسم: صاحب مالك وأبو عبيد لا يلزم على الملتقط شيء؛ لأنه فعل ما أمر به، كما لو دفعها بأمر الحاكم؛ إذ الدفع واجب عليه.

وقلنا: دفع مال غيره بغير أمره إلى غير مستحقه فضمنها، كما لو دفع الوديعة إلى غير مالكها، ولو ضمن الملتقط يرجع على الآخذ؛ لأنه كان سبب تضمينه. وعند أحمد: لو دفعه بتصديق الواصف لا يرجع عليه؛ لأنه اعترف أنه صاحبها ومستحقها، وصاحب البينة ظلمه بتضمينه. وعندنا يرجع في هذه الصورة أيضًا؛ لأنه وإن صدقه فقد كان ذلك منه اعتمادا على ظاهر، ولا بقاء له بعد

يَتَصَدَّقُ بِاللُّقَطَةِ عَلَى غَنِيٍّ) لِأَنَّ المَأْمُورَ بِهِ هُوَ التَّصَدُّقُ لِقَولِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «فَإِن لَم يَأْتِ» يَعنِي صَاحِبَهَا، «فَلْيَتَصَدَّق بِهَا» وَالصَّدَقَةُ لَا تَكُونُ عَلَى غَنِيٍّ فَأَشْبَهَ الصَّدَقَةَ المَفرُوضَةَ (وَإِن كَانَ المُلتَقِطُ غَنِيًّا لَم يَجُز لَهُ أَن يَنتَفِعَ بِهَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَجُوزُ لِقَولِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي حَدِيثِ أُبَيٍّ رضي الله عنه: «فَإِن جَاءَ صَاحِبُهَا فَادفَعهَا إِلَيهِ وَإِلَّا فَانتَفِع بِهَا» وَكَانَ مِن المَيَاسِيرِ، وَلِأَنَّهُ إِنَّمَا يُبَاحُ لِلفَقِيرِ حَملًا لَهُ عَلَى رَفعِهَا

الحكم بخلافه، والمقر إذا صار مُكذبًا في إقراره يسقط إقراره، كالمشتري إذا أقر بالملك للبائع ثم استحق المبيع إنسان من يده، يرجع على البائع بالثمن. كذا في فتاوى قاضي خان.

وفي المبسوط: في زعم الملتقط أن القابض عامل لنفسه، وأنه ضامن بعدما ثبت الملك لغيره، أما في الوديعة لو صدقه الوكيل ودفع الوديعة إليه بالتصديق، ثم حضر المودع وأنكر الوكالة وضمنه لا يرجع على الوكيل؛ لزعمه أن الوكيل قبضه بأمره وهو مظلوم، والمودع ظالم، والمظلوم لا يظلم غيره[(١)].

قوله: (**وقال الشافعي: يجوز**) الانتفاع والتملك بطريق القرض كما بينا، وبه قال أحمد؛ لحديث أُبَيٍّ فإنه قال: وجدت مائة دينار، فأخبرت النبي ﷺ بذلك، فقال له عليه السلام بعدما عَرَّفها ثلاث [٢/ ٣٨/أ] سنين: «**اخلِطْها بمالِكَ، فإن جاءَ صاحِبُها وإلّا انتفِع بها فإنها رِزقٌ ساقَهُ اللهُ إليكَ**»[(٢)] وكان أُبَيٌّ من المياسير، حيث قال: اخلطها بمالك.

و(**المياسير**): جمع ميسور، ضد المعسور، وهما صفتان عند سيبويه، مصدران عند غيره.

قوله: (**ولأنه إنما يباح**) إلى آخره: يعني: حل الانتفاع للفقير بعد التعريف لا للتصديق، بل يصير ذلك سببا للالتقاط، فيصير المال محفوظا على المالك،

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١١/ ٩).

(٢) أخرجه البخاري (٣/ ١٢٦ برقم ٢٤٣٧)، ومسلم (٣/ ١٣٥٠ برقم ١٧٢٣) من حديث أبي بن كعب رضي الله عنه.

صِيَانَة لَهَا وَالغَنِيُّ يُشَارِكُهُ فِيهِ.

وَلَنَا: أنه مَالُ الغَيرِ، فَلَا يُبَاحُ الِانتِفَاعُ بِهِ إِلَّا بِرِضَاهُ، لِإِطلَاقِ النُّصُوصِ، وَالإِبَاحَةُ لِلفَقِيرِ لِمَا رَوَينَاهُ، أَو بِالإِجمَاعِ فَيَبقَى مَا وَرَاءَهُ عَلَى الأَصلِ، وَالغَنِيُّ مَحمُولٌ عَلَى الأَخذِ لِاحتِمَالِ افتِقَارِهِ فِي مُدَّةِ التَّعرِيفِ، وَالفَقِيرُ قَد يَتَوَانَى لِاحتِمَالِ استِغنَائِهِ فِيهَا وَانتِفَاعُ أُبَيٍّ ﵁ كَانَ بِإِذنِ الإِمَامِ وَهُوَ جَائِزٌ بِإِذنِهِ ....

فإنه متى علم أنه لا يحل له الانتفاع بعد التعريف يرغب في الالتقاط، والغني يشارك الفقير في هذا المعنى، فشاركه في حل الانتفاع.

قوله: (لإطلاق النصوص)؛ أي: النصوص المحرمة لتعرض ملك الغير بغير رضاه، قال تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء:٢٩] وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْتَدُوٓاْ﴾ [المائدة:٨٧] وقوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة:١٩٥].

(والإباحة للفقير لما رويناه)؛ وهو قوله ﵇: «**فَلْيَتَصَدَّقْ بِهِ**» فعلم أن الإباحة له بطريق التصدق.

قوله: (على الأصل)؛ وهو أن الأصل حرمة الانتفاع بمال الغير بغير إذنه.

(جائز بإذنه)؛ أي: بإذن الإمام؛ لأنه في محل يجتهد فيه. أو عند الشافعي يحل للغني، أو انتفاعه بحكم القرض بإذن الإمام، فإن للإمام أن يقرضها من الملتقط وغيره، ولا كلام فيه، وإنما الكلام في الانتفاع بحكم القرض بغير إذن الإمام، على أنه يحتمل أنه ﵇ علم فقره وحاجته كديون عليه، فأذن له في الانتفاع بها، والخلط بماله، ويحتمل أن ماله دون النصاب، ويحتمل أن ذلك المال كان لحربي لا أمان له، وذلك لأن دار الإسلام يومئذ لم يكن له سعة، وقد عرَّف بها ثلاث سنين، فكان الظاهر أنها لو كانت لمسلم لظهر، فلما لم يظهر علم أنها لحربي وقد سبقت يده إليه، فجعله النبي ﵇ أحق لهذا، وإليه أشار النبي ﵇ بقوله: «**فإنها رِزقُ اللهِ ساقَهُ إليكَ**» ولكن مع هذا أمره بأن يعرف عددها ووكاءها، حتى لو جاء صاحبها يمكن من الخروج مما عليه بدفع مثلها

(وَإِن كَانَ الْمُلتَقِطُ فَقِيرًا فَلَا بَأسَ بِأَن يَنتَفِعَ بِهَا) لِمَا فِيهِ مِن تَحقِيقِ النَّظَرِ مِن الجَانِبَينِ، وَلِهَذَا جَازَ الدَّفعُ إِلَى فَقِيرٍ غَيرِهِ (وَكَذَا إِذَا كَانَ الفَقِيرُ أَبَاهُ أَو ابنَهُ أَو زَوجَتَهُ وَإِن كَانَ هُوَ غَنِيًّا) لِمَا ذَكَرنَا، وَاَللَّهُ أَعلَمُ.

إليه؛ لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين: جانب المالك بالثواب، وجانب الملتقط بالانتفاع.

وقوله: (لما ذكرنا) إشارة إلى **قوله: (لما فيه من تحقيق النظر بالجانبين).**

ولو التقط العبد شيئًا بغير إذن مولاه يجوز عندنا ومالك وأحمد والشافعي في قول، فإذا أتواه طولب ربه بقضاء الدين أو البيع فيه، سواء أتواه قبل التعريف أو بعده، وبه قال أحمد والشافعي في وجه؛ لأنه ضمان جناية، فيتعلق برقبته ويظهر في حق المولى.

وعند مالك: إن أتلفه قبيل التعريف يؤمر المولى بالدفع والفداء، وإن أتلفه بعد التعريف يطالب العبد بعد العتق؛ لأن الشرع أذن له في الانتفاع، فكان ضمانا يخصه، فلا يظهر في حق المولى.

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كِتَابُ الإِبَاقِ

(الآبِقُ أَخذُهُ أَفضَلُ فِي حَقِّ مَن يَقوَى عَلَيهِ) لِمَا فِيهِ مِن إحيَائِهِ، وَأَمَّا الضَّالُّ فَقَد قِيلَ كَذَلِكَ، وَقَد قِيلَ: تَركُهُ أَفضَلُ، لِأَنَّهُ لَا يَبرَحُ مَكَانَهُ فَيَجِدُهُ المَالِكُ، وَلَا

كتاب الإباق

ألحق الإباقَ باللقطة لمناسبة ظاهرة، واللقطة والإباق والمقصود متجانسة من حيث إن في كل منهما عرضة الزوال والهلاك.

في المبسوط(١): الإباق تمرد في الانطلاق، وهو من سوء الأخلاق ورداءة الأعراق، يظهر العبد عن نفسه فرارًا لتصير ماليته ضمارًا، فرده إلى مولاه إحسان، و(هل جزاء الإحسان إلا الإحسان).

و(**الإباق**) لغة: الهرب، من باب ضرب ونصر.

قوله: (من يقوى)؛ أي: يقدر على الأخذ، ولا يُعلم فيه خلاف بين أهل العلم.

قوله: (لأنه لا يبرح مكانه)؛ أي: الضال بطلب مالكه (**فلا يبرح مكانه**) ظاهرا فيجده مالكه، بخلاف الآبق؛ لأنه يخفى عنه.

وفي المبسوط: لو حبس السلطان الآبق فجاء واحد وأقام بينة أنه له، يُحلّفه بالله ما بعته ولا وهبته ثم يدفعه إليه؛ لأنه يحتمل أنه باعه أو وهبه، ولا تَعرِفُ الشهود ذلك(٢)، والاستحلاف مع أنه ليس فيه خصم يدعي لا يجوز، إلا أنه يستحلفه لصيانة قضائه عن الخطأ بحسب الإمكان، ونظرًا لمن هو عاجز عن النظر لنفسه من مشتراه بموهوب له ولو دفعه، وفي أخذ الكفيل عنه روايتان،

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١١/ ١٦).

(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (١١/ ١٩).

كَذَلِكَ الآبِقُ ثُمَّ آخِذُ الآبِقِ يَأتِي بِهِ إِلَى السُّلطَانِ، لِأَنَّهُ لَا يَقدِرُ عَلَى حِفظِهِ بِنَفسِهِ، بِخِلَافِ اللُّقَطَةِ، ثُمَّ إِذَا رُفِعَ الآبِقُ إِلَيهِ يَحبِسُهُ، وَلَو رُفِعَ الضَّالُّ لَا يَحبِسُهُ، لِأَنَّهُ لَا يُؤمَنُ عَلَى الآبِقِ، الإِبَاقُ ثَانِيًا: بِخِلَافِ الضَّالِّ. قَالَ: (وَمَن رَدَّ الآبِقَ عَلَى مَولَاهُ مِن مَسِيرَةِ ثَلَاثَةِ أَيَّام فَصَاعِدًا فَلَهُ عَلَيهِ جُعلُهُ أَربَعُونَ دِرهَمًا، وَإِن رَدَّهُ لِأَقَلَّ مِن ذَلِكَ فَبِحِسَابِهِ) وَهَذَا استِحسَانٌ.

وَالقِيَاسُ: أَن لَا يَكُونَ لَهُ شَيءٌ إِلَّا بِالشَّرطِ وَهُوَ قَولُ الشَّافِعِيِّ رحمه الله، لِأَنَّهُ مُتَبَرِّعٌ بِمَنَافِعِهِ فَأَشبَهَ العَبدَ الضَّالَّ.

ولو دفعه بإقرار العبد بلا بينة يأخذ كفيلا، ويجوز الدفع بإقراره؛ لأن العبد في يد نفسه، فيعتبر إقراره، كما لو ادعى الحرية.

قيل في الفرق بين الضال والآبق: أن الآبق من يَفِرُّ من مولاه قصدًا، والضالّ من ضل الطريق، وهو في ذلك غير قاصد.

قوله: (يأتي به)؛ أي: بالآبق إلى السلطان، وهذا اختيار السرخسي.

وقال الحلواني: الأخذ بالخيار: إن شاء حفظه بنفسه، وإن شاء دفعه إلى الإمام، وكذا واجد الضال، والضالة بالخيار. كذا في الذخيرة .[٢/ ٣٨/ ب]

قوله: (وهو)؛ أي: القياس **(قول الشافعي)** وابن المنذر والنخعي وبعض أصحاب أحمد، ولكن له ما اتفق عليه ويجب الشرط بأن قال: من رد عليّ آبقي فله كذا.

(لأنه)؛ أي: الرد **(تبرع بمنافعه)** على سيده، ولو تبرع بغيره من أعيان ماله، أو رد الضال لا يستوجب الأجر إلا بالشرط، فكذا هذا.

وقلنا ومالك وأحمد في رواية: له الجعل استحسانا، إلا أن مالكا يقول: إن كان بذلك معروفا يستحق الجعل، وإلا فلا؛ لأن الصحابة اتفقوا على أصل الجعل، وإن اختلفوا في مقداره، فقال عمر رضي الله عنه: دينار أو اثنا عشر درهمًا. وقال علي: دينار وعشرة دراهم. وقال ابن مسعود حين قدم رجل بإباق من الفيوم، فقال القوم: لقد أصاب أجرًا، وقال ابن مسعود: وجُعلًا أيضًا إن شاء، من كل رأس أربعين درهما، فأخذنا بإجماعهم في أصل الجعل، وكفى

وَلَنَا: أَنَّ الصَّحَابَةَ ـ رِضوَانُ اللَّهِ عَلَيهِم ـ اتَّفَقُوا عَلَى وُجُوبِ أَصلِ الجُعلِ، إلَّا أَنَّ مِنهُم مَن أَوجَبَ أَربَعِينَ، وَمِنهُم مَن أَوجَبَ مَا دُونَهَا، فَأَوجَبنَا الأَربَعِينَ فِي مَسِيرَةِ السَّفَرِ وَمَا دُونَهَا فِيمَا دُونَهُ تَوفِيقًا وَتَلفِيقًا بَينَهُمَا، وَلِأَنَّ إيجَابَ الجُعلِ أَصلُهُ حَامِلٌ عَلَى الرَّدِّ، إذ الحِسبَةُ نَادِرَةٌ فَتَحصُلُ صِيَانَةُ أَموَالِ النَّاسِ، وَالتَّقدِيرُ ....

بإجماعهم حجة، ورجحنا قول ابن مسعود في مقداره؛ لأنه قال في مجلسه ذلك، واشتهر منه ولم ينكر عليه أحد.

وعن أحمد: إن رده من المصر له عشرة دراهم أو دينار، وإن رده من خارجه، سواء كان مدة سفر أو لا؛ فله أربعون. وقال مالك: له أجر مثله في قدر تعبه وسفره وتكلف طلبه إن كان ممن شأنه وعادته طلب الإباق، وإن لم يكن فمن نصب نفسه لذلك فله نفقته عليه؛ لأنه لما اختلف فيه الصحابة علم أنه [غير][(١)] مقدر بشيء معين، فيجب أجر المثل.

فإن قيل: ينبغي أن يؤخذ بالأقل المتيقن لا بالأكثر المشكوك.

قلنا: إنما لم يؤخذ بالأقل؛ لأن التوفيق بين أقاويلهم ممكن، بأن يحمل قول من أفتى بالأقل على ما إذا رده فيما دون مدة السفر، وقول من أفتى بالأكثر على ما إذا رده من مسيرة السفر، كما فسره عمار، فإن قوله: (**إن أخذه في المصر**) كناية عما دون مدة السفر، وقوله: (**إن أخذ خارج المصر**) كناية عن مسيرة السفر؛ إذ الأخذ بالأقل إنما يكون إذا لم يمكن التوفيق، وهذا معنى قول صاحب الكتاب: (**توفيقا وتلفيقا**).

والتلفيق: الضم، يقال: لفقت الثوب ألفقه، وهي أن تضم شقة إلى أخرى. كذا في الصحاح[(٢)].

ولأن نصب المقادير بالرأي لا يكون، فلا طريق لما ثبت عنهم من الفتوى إلا السماع، فكأن كلًّا منهم روى ما قاله عن النبي ﷺ، والمثبت للزيادة في الأخبار عند التعارض أولى، فلذا أخذنا بالأكثر.

قوله: (إذ الحسبة نادرة): يعني: الزاد يحتاج إلى غناء وعناء في رده،

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٢) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية للجوهري (٤/ ١٥٥٠).

بِالسَّمعِ وَلَا سَمعَ فِي الضَّالِّ فَامتَنَعَ، وَلِأَنَّ الحَاجَةَ إِلَى صِيَانَةِ الضَّالِّ دُونَهَا إِلَى صِيَانَةِ الآبِقِ، لِأَنَّهُ لَا يَتَوَارَى وَالآبِقُ يَختَفِي، وَيُقَدَّرُ الرَّضخُ فِي الرَّدِّ عَمَّا دُونَ السَّفَرِ بِاصطِلَاحِهِمَا، أَو يُفَوَّضُ إِلَى رَأيِ القَاضِي، وَقِيلَ: تُقَسَّمُ الأَربَعُونَ عَلَى الأَيَّامِ الثَّلَاثَةِ، إذ هِيَ أَقَلُّ مُدَّةِ السَّفَرِ.

وقلما يرغب الناس في التزام ذلك حسبة، ففي إيجاب الجعل له ترغيب له في رده، فتحصل صيانة الأموال.

قوله: (والسمع)؛ أي: الدليل السمعي وهو الإجماع، ورد في الآبق، فبقي الضال على القياس، وامتنع الإلحاق دلالة؛ لأن الحاجة إلى صيانة الآبق فوق الحاجة إلى صيانة الضال؛ لأنه لا يبرح مكانه، فيجده سيده ساعة فساعة، بخلاف الآبق فإنه يتوارى عنه ويفر، فلا يصل إليه ظاهرًا، ولا خلاف لأهل العلم أن في رد الضال واللقطة لا يجب شيء، أما لو تبرع به يكون حسنًا، ولو رده لأكثر مدة السفر لا يزاد على أربعين؛ لأن التقدير في مسيرة السفر ثابت شرعا، والثابت شرعا لا يجوز، وهذا لأن أدنى مدة السفر معلوم، ولا نهاية لما وراء ذلك، والحكم لا يتغير به شرعا، كسائر الأحكام المتعلقة بالسفر. يؤيده: ما قال ابن مسعود فيمن رد من الفيوم إلى مكة، في كل رأس أربعين درهما.

قوله: (ويقدر الرضخ) إلى آخره.

فإن قيل: هذا تكرار لما ذكر قبله **(وإن رده لأقل من ذلك فبحسابه)**.

قلنا: هذه الأوجه الثلاثة تفسير وتفصيل لما ذكره أولا، فإن التقدير الشرعي إذا ثبت على خلاف القياس فيمنع أن يكون لما دون المقدر حكم المقدر، فقال في الاستحسان: ينبغي أن يرضخ.

وفي الذخيرة: ولو كان الآبق لرجلين فالجعل على قدر أنصبائهما، ولو كان أحدهما غائبا فليس للحاضر أن يأخذه حتى يعطي الجعل كله، ولا يكون متبرعا في نصيب الغائب، بل يرجع عليه، ولو قال لواحد: عبدي آبق، فإن وجدته خذه، فقال المأمور: نعم ووجده على مسيرة السفر ورده على سيده؛ لا جعل له؛ لأن المولى استعان منه في رده، وقد وعد له الإعانة، والمعين لا يستحق شيئًا.

قَالَ: (وَإِن كَانَت قِيمَتُهُ أَقَلَّ مِن أَربَعِينَ يُقضَى لَهُ بِقِيمَتِهِ إلَّا دِرهَمًا) قَالَ ﷺ: وَهَذَا قَولُ مُحَمَّد. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: لَهُ أَربَعُونَ دِرهَمًا(*)، لِأَنَّ التَّقدِيرَ بِهَا ثَبَتَ بِالنَّصِّ فَلَا يَنقُصُ عَنهَا وَلِهَذَا: لَا يَجُوزُ الصُّلحُ عَلَى الزِّيَادَةِ، بِخِلَافِ الصُّلحِ عَلَى الأَقَلِّ لِأَنَّهُ حَطٌّ مِنهُ.

وَلِمُحَمَّد: أَنَّ المَقصُودَ حَملُ الغَيرِ عَلَى الرَّدِّ لِيَحيَا مَالُ المَالِكِ فَيَنقُصُ دِرهَمٌ لِيَسلَمَ لَهُ شَيءٌ تَحقِيقًا لِلفَائِدَةِ، وَأُمُّ الوَلَدِ وَالمُدَبَّرِ فِي هَذَا بِمَنزِلَةِ القِنِّ، إِذَا كَانَ الرَّدُّ فِي حَيَاة المَولَى لِمَا فِيهِ مِن إِحيَاءِ مِلكِهِ؛ وَلَو رَدَّ بَعدَ مَمَاتِهِ لَا جُعلَ فِيهِمَا، لِأَنَّهُمَا يُعتَقَانِ بِالمَوتِ بِخِلَافِ القِنِّ، وَلَو كَانَ الرَّادُّ أَبَا المَولَى أَو ابنَهُ وَهُوَ فِي عِيَالِهِ أَو

قوله: (وقال أبو يوسف: له أربعون) وبه قال أحمد.

قوله: (فينقص درهم)؛ لأن ما دون الدرهم كسور، ولا يجوز اعتباره شرعا لتفسيره.

قوله: (تحقيقًا [٢/ ٣٩/أ] للفائدة)؛ أي: فائدة إيجاب الجعل؛ إذ وجوبه ثبت إحياءً لحقوق الناس نظرًا لهم، ولا نظر في إيجاب الجعل بمنزلة القِنّ.

فإن قيل: الجعل يجب بإحياء المالية، ولا مالية لأم الولد، خصوصًا عند أبي حنيفة.

قلنا: المالك أحق بكسبها، ولها مالية باعتبار كسبها، وقد أحياه بالرد، فيوجب الرَّدُّ الجعل، بخلاف المكاتب؛ فإنه أحق بمكاسبه، فلا يكون راده مجيبا للمولى مالية، لا باعتبار الرقية ولا باعتبار الكسب. كذا في المبسوط(١).

قوله: (لأنهما)؛ أي: المدبر وأم الولد **(معتقان)** أما عتق المدبر بالموت، فإن خرج من الثلث يعتق بالاتفاق، وإن لم يخرج يعتق ثلثه، فيعتق كله عندهما، وعند أبي حنيفة: يصير كالمكاتب، ولا جعل لرادِّ المكاتب، وأما عتق أم الولد فظاهر.

قوله: (وهو في عياله): الضمير يرجع إلى الراد، والجملة في ذلك: أن

(*) الراجح: قول أبي يوسف

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١١/ ٣٠).

أَحَدَ الزَّوجَينِ عَلَى الآخَرِ فَلَا جُعلَ، لِأَنَّ هَؤُلَاءِ يَتَبَرَّعُونَ بِالرَّدِّ عَادَة وَلَا يَتَنَاوَلُهُم إطلَاقُ الكِتَابِ.

قَالَ: (وَإِن أَبَقَ مِنَ الَّذِي رَدَّهُ فَلَا شَيءَ عَلَيهِ) لِأَنَّهُ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ، لَكِنَّ هَذَا إِذَا أَشهَدَ وَقَد ذَكَرنَاهُ فِي اللُّقَطَةِ.

قَالَ ﷺ: وَذُكِرَ فِي بَعضِ النُّسَخِ أَنَّهُ لَا شَيءَ لَهُ، وَهُوَ صَحِيحٌ أَيضًا، لِأَنَّهُ فِي

الرادّ إذا كان في عيال مالك العبد ـ أي: في مؤنته ونفقته ـ لا جعل له، سواء كان الرادّ أبا للمالك أو ابنًا له، وأما إذا لم يكن في عياله فعلى التفصيل: إن كان الرادّ ابن المالك فلا جعل له أيضًا، وإن كان أباه فله الجعل. إليه أشار في الذخيرة وشرح الطحاوي.

وفي المبسوط: جواب القياس: بأن الرادَّ هو ذو رحم محرم، يستحق الجعل في جميع ذلك إذا لم يكن في عياله، ولكنه استحسن فقال: إذا وجد الابنُ عبدَ أبيه فلا جعل له منه، سواء أكان في عياله أو لا؛ لأن رده على أبيه من جملة خدمته، وخدمة الأب مستحقة على الابن، أما لو كان الرادّ أبًا، فإن كان في عيال ابنه لا جعل له؛ لأن آبق الرجل إنما يطلبه من في عياله عادة، ولهذا ينفق عليهم، فلا يستوجب مع ذلك جعلًا آخر، وإن لم يكن الأب في عياله فله الجعل؛ لأن خدمة الابن غير مستحقة على الأب[1]، فعلى هذا التقدير كان قوله هو راجع إلى الراد الذي هو الأب؛ إذ في الابن كونه في العيال ليس بشرط.

قوله: (إطلاق الكتاب)؛ أي: لفظ الكتاب وهو **قوله: (ومن رد الآبق على مولاه من مسيرة كذا كذا)**.

قوله: (في بعض النسخ)؛ أي: نسخ مختصر القدوري.

(لا شيء له)؛ أي: لا جعل له **(لأنه)**؛ أي: المراد كالبائع، كأن المالك يشتريه بالجعل، فلا يستحق إيفاء الثمن مع تعذر التسليم للمبيع.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١١/ ٣٣).

مَعنَى البَائِعِ مِن المَالِكِ، وَلِهَذَا كَانَ لَهُ أَن يَحبِسَ الآبِقَ حَتَّى يَستَوفِيَ الجُعلَ بِمَنزِلَةِ البَائِعِ بِحَبسِ المَبِيعِ لِاستِيفَاءِ الثَّمَنِ، وَكَذَا إِذَا مَاتَ فِي يَدِهِ لَا شَيءَ عَلَيهِ لِمَا قُلنَا. قَالَ: (وَلَو أَعتَقَهُ المَولَى كَمَا لَقِيَهُ صَارَ قَابِضًا بِالإِعتَاقِ) كَمَا فِي العَبدِ المُشتَرَى، وَكَانَ إِذَا بَاعَهُ مِن الرَّادِّ لِسَلَامَةِ البَدَلِ لَهُ، وَالرَّادُّ وَإِن كَانَ لَهُ حُكمُ البَيعِ. لَكِنَّهُ بَيعٌ مِن وَجه فَلَا يَدخُلُ تَحتَ النَّهيِ الوَارِدِ عَن بَيعِ مَا لَم يُقبَض فَجَازَ.

(ولهذا كان له)؛ أي: للراد أن يحبس الآبق حتى يأخذ الجعل؛ لأنه إنما استوجب الجعل بإحياء ماليته، فكان لما يستوجب تعلق بماليته، كالبائع يحبس المبيع لاستيفاء الثمن، وكذا إذ مات الآبق في يد الراد لا جعل له؛ لما قلنا أن الآبق كالمبيع، وهلاك المبيع قبل التسليم يوجب سقوط الثمن؛ لأن الجعل لإحياء ماليته، ولم يتم ذلك حيًّا، حيث لم تصل إليه يد سيده، هذا إذا علم أنه أبق، أما لو أنكر المولى إباقه؛ فالقول له؛ لأن السبب الموجب للضمان قد ظهر من الراد، وهو أخذ مال الغير بغير إذنه، فهو يدعي ما يسقطه وهو الإذن شرعا، يكون العبد آبقًا والمولى ينكره، فيكون القول له، كما لو أخذ عبد الغير وهلك في يده، ثم ادعى أنه أخذه بإذن المالك، والمالك منكر إلا أن يشهد الشهود أنه أبق من مولاه، أو المولى أقر بإباقه، فحينئذ يجب له الجعل. كذا في المبسوط[1].

قوله: (ولو أعتقه كما لقيه)؛ أي: كما رآه قبل قبضه، وقيد بالإعتاق؛ لأنه لو دبره لا يصير قابضا؛ لأن الإعتاق إتلاف ماليته، فلا يكون قابضا.

قوله: (كما في العبد المشترى) يعني: أعتق المشتري العبد المشترى قبل قبضه يصير به قابضًا.

قوله: (وكان إذا باعه)؛ أي: المولى **(من الرادّ)** يصير قابضًا بالبيع، حتى وجب عليه جعله، ويجعل قابضًا لينفذ تصرفه فيه، ولأن سلامة البدل وهو الثمن كسلامة العين.

وقوله: (والراد وإن كان) إلى آخره: جواب سؤال يرد على ما ذكره قبله

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١١/ ٢٢).

قَالَ: (وَيَنبَغِي إذَا أَخَذَهُ أَن يُشهِدَ أَنَّهُ يَأخُذُهُ لِيَرُدَّهُ) فَالإشهَادُ حَتمٌ فِيهِ عَلَيهِ عَلَى قَولِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّد، حَتَّى لَو رَدَّهُ مَن لَم يُشهِد وَقتَ الأَخذِ لَا جُعلَ لَهُ عِندَهُمَا(*)، لِأَنَّ تَركَ الإِشهَادِ أَمَارَةٌ أَنَّهُ أَخَذَهُ لِنَفسِهِ، وَصَارَ كَمَا إذَا اشتَرَاهُ مِن الآخِذِ أَو اتَّهَبَهُ أَو وَرِثَهُ فَرَدَّهُ عَلَى مَولَاهُ لَا جُعلَ لَهُ لِأَنَّهُ رَدَّهُ لِنَفسِهِ، إلَّا إذَا أَشهَدَ

بقوله: (لأنه في معنى البيع من المالك)[1] فإنه جعل المالك بمعنى المشتري، فكان بيعه من الراد بيع ما لم يقبض، وهو منهي عنه بالحديث، فأجاب عنه بهذا وقال: النهي فيما إذا كان البيع الأول بيعًا من كل وجه، وبيع الرادّ من المالك منه، فيصير [قابضًا][2].

فإن قيل: الشبهة ملحقة بالحقيقة في المحرمات.

قلنا: هذه شبهة الشبهة، ولا عبرة بها، وهذا لأنه لو شرط رضى المالك لتحققت الشبهة؛ لأنه ملكه حقيقة، فعند عدم الرضى تتحقق شبهة الشبهة.

قوله: (فالإشهاد حتم)؛ أي: واجب على الآخذ **(فيه)**؛ أي: في الآبق **(عليه)**؛ أي: على الأخذ عندهما، كما في اللقطة. وعند أبي يوسف والأئمة الثلاثة ليس بشرط، وقد مر في اللقطة.

(كما إذا اشتراه)؛ أي: الراد [٢/ ٣٩/ب] **(من الآخذ والهبة)**؛ أي: قبل هبته.

في المبسوط: عتق آبق فأخذه رجل، فاشتراه منه رجل آخر ورده على سيده؛ فلا جعل له؛ لأنه إنما رده لنفسه، فإنه بالشراء قاصد لتملكه، فيكون هو غاصبًا في حق سيده، ولمّا رده، رده لإسقاط الضمان عن نفسه[3]. وكذا لو وهب له أو أوصى له أو ورثه؛ لأنه ضمنه بالأخذ على هذا الوجه، فيكون رده لإسقاط الضمان كما ذكرنا، إلا إذا أشهد عند الشراء أنه يشتريه ليرده على سيده؛ لأنه لا يقدر على رده إلا بشرائه، فحينئذ له الجعل، ولا يرجع بالثمن على سيده قلَّ أو كَثُر؛ لأنه متبرع في ذلك، كما لو أنفق عليه بغير أمر القاضي.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة ومحمد.

(١) انظر ص ٤٦٣.

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (١١/ ٣١).

أَنَّهُ اشتَرَاهُ لِيَرُدَّهُ فَيَكُونُ لَهُ الجُعلُ وَهُوَ مُتَبَرِّعٌ فِي أَدَاءِ الثَّمَنِ (وَإِن كَانَ الآبِقُ رَهنا فَالجُعلُ عَلَى المُرتَهِنِ) لِأَنَّهُ أَحيَا مَالِيَّتَهُ بِالرَّدِّ وَهِيَ حَقُّهُ، إذ الِاستِيفَاءُ مِنهَا وَالجُعلُ بِمُقَابَلَةِ إحيَاءِ المَالِيَّةِ فَيَكُونُ عَلَيهِ، وَالرَّدُّ فِي حَيَاةِ الرَّاهِنِ وَبَعدَهُ سَوَاءٌ، لِأَنَّ الرَّهنَ لَا يَبطُلُ بِالمَوتِ، وَهَذَا إذَا كَانَت قِيمَتُهُ مِثلَ الدَّينِ أَو أَقَلَّ مِنهُ، فَإِن كَانَت أَكثَرَ فَبِقَدرِ الدَّينِ عَلَيهِ، وَالبَاقِي عَلَى الرَّاهِنِ، لِأَنَّ حَقَّهُ بِالقَدرِ المَضمُونِ، فَصَارَ كَثَمَنِ الدَّوَاءِ وَتَخلِيصُهُ عَن الجِنَايَةِ بِالفِدَاءِ، وَإِن كَانَ مَديُونًا فَعَلَى المَولَى إن اختَارَ قَضَاءَ الدَّينِ، وَإِن بِيعَ بُدِئَ بِالجُعلِ وَالبَاقِي لِلغُرَمَاءِ، لِأَنَّهُ مُؤنَةُ المِلكِ وَالمِلكُ فِيهِ كَالمَوقُوفِ فَتَجِبُ عَلَى مَن يَستَقِرُّ لَهُ، وَإِن كَانَ جَانِيًا فَعَلَى المَولَى إن اختَارَ الفِدَاءَ لِعَودِ المَنفَعَةِ إلَيهِ، وَعَلَى الأَولِيَاءِ إن اختَارَ الدَّفعَ لِعَودِهَا إلَيهِم، وَإِن كَانَ مَوهُوبًا فَعَلَى المَوهُوبِ

قوله: (وهي حقه)؛ أي: مالية العبد حق المرتهن **(إذ استيفاء حقه منها)**؛ أي: من ماليته؛ ألا ترى أنه لو لم يرده حتى توى، سقط دينه إذا كانت قيمته مثل الدين أو أكثر، فعلم أن الرد عمل له، فعليه جعله، وهو نظير تخليصه من الجناية بالفداء، وذلك على المرتهن بقدر المضمون منه، فكذا ثمن الدواء، فإنه أيضًا ينقسم على الراهن والمرتهن إذا كانت قيمته زائدا على قدر الدين، كتخليصه من الجناية بالفداء.

قوله: (وإن كان مديونًا) فإن كان مأذونا فلحقه دين في التجارة، أو استهلك مال الغير وأقر به مولاه.

قوله: (وإن رجع): (إن) للوصل، أي: يجب الجعل عليه، وإن رجع الواهب في الهبة بعد الرد، وإنما ذكر هذا الوصل لدفع شبهة ترد على قوله: **(فتجب على من يستقر الملك)**، وعلى قوله: **(فعلى المولى إن اختار الفداء تعود المنفعة إليه)** فعلى هذا ينبغي أن يجب الجعل على الواهب لهذين المعنيين.

فأجاب عنه بقوله: لأن المنفعة للواهب، بل يترك الموهوب له التصرف في الآبق بعد الرد من الهبة و البيع وغيرهما، من التصرف الذي يمنع الواهب عن الرجوع، وزوال ملكه بالرجوع كزواله بموت العبد، فلم يبطل الجعل عليه برجوع الواهب، كما في الموت.

لَهُ، وَإِن رَجَعَ الوَاهِبُ فِي هِبَتِهِ بَعدَ الرَّدِّ، لِأَنَّ المَنفَعَةَ لِلوَاهِبِ مَا حَصَلَت بِالرَّدِّ، بَل بِتَركِ المَوهُوبِ لَهُ التَّصَرُّفَ فِيهِ بَعدَ الرَّدِّ، وَإِن كَانَ لِصَبِيٍّ فَالجُعلُ فِي مَالِهِ، لِأَنَّهُ مُؤنَةُ مِلكِهِ، وَإِن رَدَّهُ وَصِيُّهُ فَلَا جُعلَ لَهُ لِأَنَّهُ هُوَ الَّذِي يَتَوَلَّى الرَّدَّ فِيهِ.

فإن قيل: المنفعة حصلت للواهب بالرد وترك التصرف في الموهوب له فيه.

قلنا: نعم، لكن ترك الموهوب له التصرف آخرهما وجودًا، فيضاف الحكم إليه، كما في القرابة مع الملك.

قوله: (يتولى الرد فيه)؛ أي: في الآبق، إذ هو الطالب لآبق اليتيم عادة وشرعا، فلا يتحقق منه الرد على نفسه، وكذا لو كان اليتيم في حجر رجل يعوله، فرده الرجل لا جعل له؛ لأنه هو الطالب في العادة، وكذا لا جعل للسلطان أو الشِّحْنَة أو الخفير؛ لا جعل لهم في رد الآبق، والمال من أيدي قطاع الطريق؛ لوجوب الفعل عليهم. كذا في المبسوط[1]، والذخيرة.

وفي المحيط: لو أُخِذَ فغصبه من الآخذ رجل، وجاء به إلى مولاه وأخذ جعله، ثم جاء الغاصب وأقام أنه أخذه من مسيرة سفر؛ يأخذ الجعل من سيده ثانيا، ويرجع السيد على الغاصب بما دفع إليه. ولو جاء بالآبق من مسيرة سفر، فلما دخل مصر سيده، هرب من الآخذ فوجده آخر، وجاء به إلى سيده؛ فلا جعل لواحد منهما، ولو خرج من المصر بعد الهرب، وجاء به الآخر من مدة سفر؛ فالجعل للثاني.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١١/ ٣٤).

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كِتَابُ المَفقُودِ

(إذَا غَابَ الرَّجُلُ فَلَم يُعرَف لَهُ مَوضِعٌ، وَلَا يُعلَمُ أَحَيٌّ هُوَ أَم مَيِّتٌ، نَصَّبَ القَاضِي مَن يَحفَظُ مَالَهُ وَيَقُومُ عَلَيهِ وَيَستَوفِي حَقَّهُ) لِأَنَّ القَاضِي نَصَّبَ نَاظِرًا لِكُلِّ عَاجِزٍ عَن النَّظَرِ لِنَفسِهِ، وَالمَفقُودُ بِهَذِهِ الصِّفَةِ، وَصَارَ كَالصَّبِيِّ وَالمَجنُونِ، وَفِي نَصبِ الحَافِظِ لِمَالِهِ وَالقَائِمِ عَلَيهِ نَظَرٌ لَهُ. وَقَولُهُ: يَستَوفِي حَقَّهُ لِإِخفَاءِ أَنَّهُ يَقبِضُ غَلَّاتِهِ وَالدَّينَ الَّذِي أَقَرَّ بِهِ غَرِيمٌ مِن غُرَمَائِهِ، لِأَنَّهُ مِن بَابِ الحِفظِ، وَيُخَاصِمُ فِي دَين وَجَبَ بِعَقدِهِ، لِأَنَّهُ أَصِيلٌ فِي حُقُوقِهِ، وَلَا يُخَاصِمُ فِي الَّذِي تَوَلَّاهُ المَفقُودُ وَلَا فِي

كتاب المفقود

وقد ذكرنا مناسبته بباب الآبق، يقال: فقدت الشيء، إذا غاب عني فقدا وفقودا وفقدانًا فهو مفقود، أي: غائب، ويقال: فقدته طلبته، وكلاهما موجود في المفقود؛ إذ هو اسم لحي غائب، لم يدر موضعه ولا حياته ولا مماته، فأهله في طلبه.

وفي المبسوط: هو حيٌّ غاب عن بلده، أو أسر وأهله في طلبه، وقد انقطع خبره واستتر عليهم أثره، وخفي مستقره، فبالجد قد يصلون إلى المراد، وربما يتأخر اللقاء إلى يوم التناد، والاسم من الأضداد، وله فيما يرجع إلى ماله حكم الحياة، وفيما يعود إلى غيره حكم الممات[1].

قوله: (والمفقود بهذه)؛ أي: عاجز عن إقامة مصالحه.

قوله: (ويخاصم)؛ أي: من نصبه القاضي لحفظ ماله لفقده، أي: بفقد من نصب لحفظ ماله.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١١/ ٣٤).

نَصِيب لَهُ فِي عَقَار أَو عُرُوض فِي يَدِ رَجُل، لِأَنَّهُ لَيسَ بِمَالِكٍ وَلَا نَائِبٍ عَنهُ، إِنَّمَا هُوَ وَكِيلٌ بِالقَبضِ مِن جِهَةِ القَاضِي، وَأَنَّهُ لَا يَملِكُ الخُصُومَةَ بِلَا خِلَاف، إِنَّمَا الخِلَافُ فِي الوَكِيلِ بِالقَبضِ مِن جِهَةِ المَالِكِ فِي الدَّينِ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ يَتَضَمَّنُ الحُكمَ بِهِ قَضَاءً عَلَى الغَائِبِ، وَأَنَّهُ لَا يَجُوزُ إِلَّا إِذَا رَآهُ القَاضِي وَقَضَى بِهِ، لِأَنَّهُ مُجتَهِدٌ فِيهِ، ثُمَّ مَا كَانَ يَخَافُ عَلَيهِ الفَسَادَ يَبِيعُهُ القَاضِي، لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ عَلَيهِ حِفظُ صُورَتِهِ وَمَعنَاهُ فَيَنظُرُ لَهُ بِحِفظِ المَعنَى (وَلَا يَبِيعُ مَا لَا يَخَافُ عَلَيهِ الفَسَادَ فِي نَفَقَة وَلَا غَيرِهَا) لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَى الغَائِبِ، إِلَّا فِي حِفظِ مَالِهِ، فَلَا يَسُوغُ لَهُ تَركُ حِفظِ الصورَةِ وَهُوَ مُمكِنٌ.

قوله: (**والخلاف في الوكيل بالقبض من جهة المالك**)؛ أي: عند أبي حنيفة يملك الخصومة، وعندهما لا يملك الخصومة.

قوله: (**وإذا كان كذلك**)؛ يعني: لما لم يملك وكيل القاضي الخصومة قضاء على الغائب وللغائب، إلا إذا رآه القاضي بتنفيذ الخصومة قضاء على الغائب، ولا يجوز للقاضي القضاء على الغائب.

(**إلا إذا رآه القاضي**)؛ أي: مصلحة وقضى به، فحينئذ يجوز (**لأنه**)؛ أي: القضاء (**في مجتهد فيه**) وقضاؤه ينفذ في المجتهدات.

فإن قيل: المجتهد فيه نفس القضاء، فينبغي أن يتوقف نفاذه على إمضاء قاض آخر، كما لو كان القاضي محدودًا في قذف.

قلنا: [٢/ ٤٠/أ] لا كذلك، بل المجتهد فيه سبب القضاء، وهو أن البينة هل تكون حجة بلا خصم حاضر أم لا؟ فإذا رآه القاضي حجة وقضى بها؛ نفذ، كما لو قضى بشهادة المحدود في القذف. كذا في الذخيرة.

قوله: (**فينظر له**)؛ أي: للمفقود (**بحفظ المعنى**) وهو المالية؛ إذ حفظ الأثمان أيسر.

قوله: (**إلا في حفظ ماله**)؛ لأن ولايته نظرية، وحفظ العين فيما يتأتى حفظه أنظر له.

قَالَ: (وَيُنفِقُ عَلَى زَوجَتِهِ وَأَولَادِهِ مِن مَالِهِ) وَلَيسَ هَذَا الحُكمُ مَقصُورًا عَلَى الأَولَادِ، بَل يَعُمُّ جَمِيعَ قَرَابَةِ الوِلَادِ.

وَالأَصلُ: أَنَّ كُلَّ مَن يَستَحِقُّ النَّفَقَةَ فِي مَالِهِ حَالَ حَضرَتِهِ بِغَيرِ قَضَاءِ القَاضِي يُنفَقُ عَلَيهِ مِن مَالِهِ عِندَ غَيبَتِهِ، لِأَنَّ القَضَاءَ حِينَئِذ يَكُونُ إِعَانَة، وَكُلُّ مَن لَا يَستَحِقُّهَا فِي حَضرَتِهِ إِلَّا بِالقَضَاءِ لَا يُنفِقُ عَلَيهِ مِن مَالِهِ فِي غَيبَتِهِ، لِأَنَّ النَّفَقَةَ حِينَئِذ تَجِبُ بِالقَضَاءِ، وَالقَضَاءُ عَلَى الغَائِبِ مُمتَنِعٌ، فَمِن الأَوَّلِ: الأَولَادُ الصِّغَارُ وَالإِنَاثُ مِن الكِبَارِ وَالزَّمْنَى مِن الذُّكُورِ الكِبَارِ، وَمِن الثَّانِي: الأَخُ وَالأُختُ وَالخَالُ وَالخَالَةُ. وَقَولُهُ: مِن مَالِهِ: مُرَادُهُ الدَّرَاهِمُ وَالدَّنَانِيرُ، لِأَنَّ حَقَّهُم فِي المَطعُومِ وَالمَلبُوسِ، فَإِذَا لَم يَكُن ذَلِكَ فِي مَالِهِ يَحتَاجُ إِلَى القَضَاءِ بِالقِيمَةِ، وَهِيَ النَّقدَانِ وَالتِّبرُ بِمَنزِلَتِهِمَا فِي هَذَا الحُكمِ، لِأَنَّهُ يَصلُحُ قِيمَة كَالمَضرُوبِ، وَهَذَا إِذَا كَانَت فِي يَدِ القَاضِي، فَإِن كَانَت وَدِيعَة أَو دَينا يُنفِقُ عَلَيهِم مِنهُمَا إِذَا كَانَ المُودِعُ وَالمَديُونُ مُقِرِّينَ بِالدَّينِ والوَدِيعَةِ وَالنِّكَاحِ وَالنَّسَبِ، وَهَذَا إِذَا لَم يَكُونَا ظَاهِرَينِ عِندَ القَاضِي، فَإِن كَانَا ظَاهِرَينِ فَلَا حَاجَةَ إِلَى الإِقرَارِ، وَإِن كَانَ أَحَدُهُمَا ظَاهِرَ

قوله: (وينفق) إلى آخره، في المبسوط: من كان من ورثة المفقود غنيًّا فلا نفقة له إلا للزوجة؛ لأن حياته كانت معلومة، ولا يستحق أحد من الأغنياء في مال الحي سوى الزوجة؛ لأن استحقاقها النفقة بالعقد، فلا يختلف باليسار والعسار، واستحقاق غيرها باعتبار الحاجة، وذلك ينعدم بغنى المستحق[(١)].

قوله: (يكون إعانة) أو تمكينًا للمستحق من الأخذ، ولهذا لو تمكنوا من ذلك لهم الأخذ، فيعينهم القاضي على ذلك لا إلزاما، إذ اللزوم ثابت قبل القضاء.

قوله: (لأنه)؛ أي: التبر **(يصلح)**. **قوله: (مداده الدراهم والدنانير)**.

قوله: (لم يكونا)؛ أي: الدين والوديعة والنكاح والنسب، جعل الدين والوديعة شيئًا واحدا، فكذا ذكر بلفظ التثنية، بدليل قوله بعده: **(فإن كانت وديعة. . . والنكاح والنسب)**.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١١/ ٣٨).

الوَدِيعَةِ وَالدَّينِ أَو النِّكَاحِ وَالنَّسَبِ يَشتَرِطُ الإِقرَارَ بِمَا لَيسَ بِظَاهِرٍ، هَذَا هُوَ الصَّحِيحُ.

فَإِن دَفَعَ المُودِعُ بِنَفسِهِ أَو مَن عَلَيهِ الدَّينُ بِغَيرِ أَمرِ القَاضِي، يَضمَنُ المُودِعُ وَلَا يُبَرَّأُ المَديُونُ، لِأَنَّهُ مَا أَدَّى إِلَى صَاحِبِ الحَقِّ وَلَا إِلَى نَائِبِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا دَفَعَ بِأَمرِ القَاضِي، لِأَنَّ القَاضِي نَائِبٌ عَنهُ، وَإِن كَانَ المُودِعُ وَالمَديُونُ جَاحِدَينِ أَصلًا أَو كَانَا جَاحِدَينِ الزَّوجِيَّةَ وَالنَّسَبَ، لَم يَنتَصِب أَحَدٌ مِن مُستَحِقِّي النَّفَقَةِ خَصمًا فِي ذَلِكَ، لِأَنَّ مَا يَدَّعِيه لِلغَائِبِ لَم يَتَعَيَّن سَبَبًا لِثُبُوتِ حَقِّهِ وَهُوَ النَّفَقَةُ، لِأَنَّهَا كَمَا تَجِبُ فِي هَذَا المَالِ تَجِبُ فِي مَال آخَرَ لِلمَفقُودِ.

قَالَ: (وَلَا يُفَرِّقُ بَينَهُ وَبَينَ امرَأَتِهِ) وَقَالَ مَالِكٌ: إِذَا مَضَى أَربَعُ سِنِينَ يُفَرِّقُ القَاضِي بَينَهُ وَبَينَ امرَأَتِهِ، وَتَعتَدُّ عِدَّةَ الوَفَاةِ ثُمَّ تَتَزَوَّجُ مَن شَاءَت، لِأَنَّ عُمَرَ رضي الله عنه ...

(**ويشترط الإقرار**)؛ أي: إقرار المودع بما ليس بظاهر من الوديعة أو النكاح والنسب.

وقوله: (**هذا هو الصحيح**) عن جواب القياس، وهو قول زفر؛ فإنه قال: لا ينفق من الوديعة شيئًا عليهم؛ لأن إقرار المودع ليس بحجة على الغائب، وهو ليس بخصم عن الغائب، ولا يقضي عن الغائب بلا خصم حاضر عنه. فقلنا: المودع مقر بأن ما في يده ملك الغائب، وأن للزوجة والولد حق الإنفاق منه، وإقرار الإنسان بما في يده معتبر، فينتصب هو خصمًا باعتبار ما في يده، ثم يتعدى القضاء منه إلى المفقود. كذا في المبسوط[1].

وفي الكافي: وهذا التفصيل هو الصحيح، وليس هنا اختلاف الروايتين.

وفي الخبازية: ذكر هذه المسألة في كتاب النكاح، وينفق عليهم إذا كانا مقرين بالوديعة والدين والنكاح والنسب، وهنا بما ليس بظاهر منهما، وليس هذا اختلاف الرواية، فإن تأويل ما ذكره في كتاب النكاح: أنه لم يكن شيء منهما ظاهرا عند القاضي، فقوله في الكتاب: (**هو الصحيح**) إشارة إلى هذا التأويل، وبقي اختلاف الروايتين، إذ للقاضي ولاية القضاء بعلمه، كما إذا أقر بين يديه ثم غاب.

قوله: (**يفرق القاضي بينه وبين امرأته**) وإن طلبت ذلك (**وتعتد عدة الوفاة**)

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١١/ ٤١).

هَكَذَا قَضَى فِي الَّذِي استَهوَاهُ الجِنُّ بِالمَدِينَةِ وَكَفَى بِهِ إِمَامًا، وَلِأَنَّهُ مَنَعَ حَقَّهَا بِالغَيبَةِ فَيُفَرِّقُ القَاضِي بَينَهُمَا بَعدَ مُضِيِّ مُدَّة اعتِبَارًا بِالإِيلَاءِ وَالعُنَّةِ، وَبَعدَ هَذَا الِاعتِبَارِ أَخَذَ

فإن عاد الزوج بعد العدة، ولم تتزوج زوجا آخر فهو أحق بها، فإن تزوجت فلا سبيل له عليها.

(كذا قضى عمر فيمن استهواه الجن)؛ أي جرته الجن وبهتته. ذكر في المبسوط. عن عبد الرحمن بن أبي ليلى قال: أنا لقيت المفقود فحدثني حديثه قال: أكلت خزيرًا ـ بالزاي والياء المنقوطتين: مرقة تطبخ بما يصفى من بلالة النخالة ـ في أهلي، ثم خرجت فأخذني نفر من الجن، فمكثت فيهم ثم بدا لهم في عتقي فأعتقوني، ثم أتوا بي قريبًا من المدينة، فقالوا: تعرف النخيل، فقلت: نعم، فخلوا عني، فجئت فإذا عمر ﵁ أبان امرأتي بعد أربع سنين، اعتدّت وتزوجت، فخيرني عمر بين أن يردها عليّ وبين المهر.

وأهل الحديث يروون أن عمر ﵁ همَّ بتأديبه حين رآه، وجعل يقول: يغيب أحدكم عن امرأته هذه المدة الطويلة ولا يبعث بخبره، فقال: لا تعجل يا أمير المؤمنين، وذكر له قصته.

في هذا الحديث دليل لمذهب أهل السنة أن الجن يتسلطون على بني آدم، وأهل الزيغ ينكرون ذلك على اختلاف بينهم، فمنهم من يقول: المستنكر دخولهم في الآدمي؛ لأن اجتماع زوجين في شخص واحد لا يتحقق، وقد يتصور تسلطهم على الآدمي من غير أن يدخلوا فيه، ومنهم من قال: هي أجسام لطيفة فلا يتصور أن يحملوا جسمًا كثيفًا من موضع إلى موضع، ولكنا نأخذ بما ورد به الآثار، قال ﵇: «**إنّ الشّيطانَ يَجرِي مِنِ ابْنِ آدمَ مَجرَى الدَّم**»[1] وقال ﵇: «**إنهُ يدخلُ في رأسِ الإنسانِ فيكونُ علَى قافِيَةِ رأسِهِ**» فنتبع الآثار ولا نشتغل بكيفية ذلك.

قوله: (اعتبارًا بالإيلاء والعنة)؛ يعني: يفرق بينه وبين امرأته دفعا للضرر عنها؛ كيلا تبقى معلقة لا ذات بعل ولا مطلقة، كما يفرق بين العنين والمولي بعد مضي السنة وأربعة أشهر، إلا أنا أخذنا الأربع من الإيلاء لشبهه به، إذ حقها في الجماع يفوت بصنيعه وهو السفر، كما يفوت ثم بصنيعه وهو الإيلاء،

---

(١) أخرجه مسلم (٤/ ١٧١٢ برقم ٢١٧٤) من حديث أنس بن مالك ﵁.

المِقدَارَ مِنهُمَا الأَربَعَ مِن الإِيلَاءِ وَالسِّنِينَ مِن العُنَّةِ عَمَلًا بِالشَّبَهَينِ. وَلَنَا: قَولُهُ ﷺ فِي امرَأَةِ المَفقُودِ: «أَنَّهَا امرَأَتُهُ حَتَّى يَأتِيَهَا البَيَانُ».

وَقَولُ عَلِيٍّ رضي الله عنه فِيهَا: هِيَ امرَأَةٌ ابتُلِيَت فَلتَصبِر حَتَّى يَستَبِينَ مَوتٌ أَو طَلَاقٌ خَرَجَ بَيَانًا لِلبَيَانِ المَذكُورِ فِي المَرفُوعِ، وَلِأَنَّ النِّكَاحَ عُرِفَ ثُبُوتُهُ، وَالغَيبَةُ لَا تُوجِبُ الفُرقَةَ، وَالمَوتُ فِي حَيِّزِ الِاحتِمَالِ، فَلَا يُزَالُ النِّكَاحُ بِالشَّكِّ، وَعُمَرُ رضي الله عنه رَجَعَ إِلَى قَولِ عَلِيٍّ رضي الله عنه وَلَا مُعتَبَرَ بِالإِيلَاءِ، لِأَنَّهُ كَانَ طَلَاقًا مُعَجَّلًا فَاعتُبِرَ فِي الشَّرعِ مُؤَجَّلًا فَكَانَ مُوجِبًا لِلفُرقَةِ، وَلَا بِالعُنَّةِ، لِأَنَّ الغَيبَةَ تَعقُبُ الأَوبَةَ، وَالعُنَّةُ قَلَّمَا تَنحَلُّ بَعدَ استِمرَارِهَا سَنَةً.

والسنة من العنة لشبهه بها [٢/ ٤٠/ب]؛ إذ حقها في الجماع فات هنا بسبب هو معذور فيه وهو الغيبة؛ لأنها مباح، كما فات حقها بالعنة وهو معذور فيه، وهو معنى قول المصنف: (**عملا بالشبهين**).

وفي المعونة: مذهب مالك في أن الأسير لا يضرب [له][1] أجل، ولا تقع الفرقة حتى يستبين طلاقه أو موته، أو بمضي مدة لا يعيش مثله إلى مثلها؛ لأن حياته معلومة، وعذره عدم قصد المضارة بها ظاهر، فلا يضرب له الأجل، فإنما يضرب أربع سنين عنده فيمن غاب اختيارًا ولم يعلم مكانه ولا حياته، وأما المفقود في المعركة فعنده الإمام يجتهد في حاله، فإن غلب على ظنه أنه من القتلى اعتدت امرأته وتزوجت، ولا تحتاج إلى ضرب الأجل؛ لأن الأغلب من شأنه الهلاك، ولكن يلزم عليه من استهواه الجن، فإنه غاب بلا اختيار.

قوله: (**للبيان المذكور في المرفوع**)؛ أي: في الحديث، فإن قوله: (**حتى يأتيها البيان**) مجمل في أن إتيان البيان من أي طريق يكون، فبين على ذلك المجمل بقوله: (**حتى يستبين موت أو طلاق**).

قوله: (**وعمر رجع**) ذكر عبد الرحمن بن أبي بكر أن عمر رضي الله عنه رجع عنه ثلاث قضيات إلى قول عليّ، أحدها مسألة المفقود وغيرها مذكور في المبسوط.

قوله: (**طلاقا معجلا**)؛ أي: في الجاهلية (**لأن الغيبة**) وفي بعض النسخ: (**لأن الغربة تعقب الأوبة**)؛ أي؛ الرجوع؛ إذ ظاهر حال الغائب أن يؤوب فلا ينحلّ، أي: ينفصل.

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

قَالَ: (وَإِذَا تَمَّ لَهُ مِائَةٌ وَعِشرُونَ سَنَة مِن يَومِ وُلِدَ حَكَمنَا بِمَوتِهِ) قَالَ ﷺ: وَهَذِهِ رِوَايَةُ الحَسَنِ عَن أَبِي حَنِيفَةَ: وَفِي ظَاهِرِ المَذهَبِ يُقَدَّرُ بِمَوتِ الأَقرَانِ، وَفِي المَروِيِّ عَن أَبِي يُوسُفَ: بِمِائَةِ سَنَة، وَقَدَّرَهُ بَعضُهُم بِتِسعِينَ، وَالأَقيَسُ أَن لَا يُقَدَّرَ بِشَيء. وَالأَرفَقُ أَن يُقَدَّرَ بِتِسعِينَ(*)، وَإِذَا حُكِمَ بِمَوتِهِ اعتَدَّت امرَأَتُهُ عِدَّةَ الوَفَاةِ مِن

قوله: (إذا تم له مائة وعشرون سنة)؛ لأنها نهاية أعمارنا، قيل: هذا يرجع إلى قول أهل الطبائع والنجوم، فإنهم يقولون: لا يجوز أن يعيش أحد أكثر من هذه المدة؛ لأن اجتماع التحسين يحصل بالطبائع الأربعة في هذه المدة، ولا بد من أن يضاد واحد من ذلك طبعه في هذه المدة فيموت، ولكن قولهم باطل بالنصوص الواردة في طول عمر من كان قبلنا، كنوح عليه السلام وغيره، فلا يعتمد على هذا القول.

قوله: (بموت الأقران)؛ لأن ما تقع الحاجة إلى معرفته فطريقه في الشرع الرجوع إلى أمثاله، كقيم الملتفات، ومهر المثل للنساء، وبقاؤه بعد موت كل أقرانه نادر، وبناء الأحكام الشرعية على الظاهر دون النادر.

قوله: (بمائة سنة) وحكي أن أبا يوسف لما سئل عن معنى هذا قال: أُبيّنهُ لكم بطريق محسوس، فإن المولود إذا كان ابن عشر يدور حول أبويه هكذا، وعقد عشرا، فإذا كان [ابن][1] عشرين فهو بين الصبا والشباب هكذا، وعقد عشرين، فإذا كان ابن ثلاثين سنة يستوي هكذا، وعقد ثلاثين، فإذا كان ابن أربعين تحمل عليه الأثقال هكذا، وعقد أربعين، فإذا كان ابن خمسين ينحني من كثرة الأثقال هكذا، وعقد الخمسين، فإن كان ابن ستين ينقبض للشيخوخة هكذا، وعقد ستين، فإذا كان ابن سبعين يتوكأ على عصا هكذا، وعقد سبعين، فإذا كان ابن ثمانين يستلقي هكذا، وعقد ثمانين، فإذا كان ابن تسعين تنضم أمعاؤه هكذا، وعقد تسعين، فإذا كان ابن مائة يحول من الدنيا إلى العقبى كما يحول الحساب من اليمنى إلى اليسرى، وهكذا يحمل من أبي يوسف على سبيل المطايبة، لا أن يكون يعرف الحكم مثل هذا، وكان محمد بن سلمة يفتي في المفقود حتى يتبين له خطؤه في نفسه، فإنه عاش مائة وسبع سنين.

(*) الراجح: الفتوى على قول مالك حيث قدرها بأربع سنين.

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

ذَلِكَ الوَقتِ (وَيُقسَمُ مَالُهُ بَينَ وَرَثَتِهِ المَوجُودِينَ فِي ذَلِكَ الوَقتِ) كَأَنَّهُ مَاتَ فِي ذَلِكَ الوَقتِ مُعَايَنَة، إذ الحُكمِيُّ مُعتَبَرٌ بِالحَقِيقِيِّ (وَمَن مَاتَ قَبلَ ذَلِكَ لَم يَرِث مِنهُ) لِأَنَّهُ لَم يُحكَم بِمَوتِهِ فِيهَا، فَصَارَ كَمَا إذَا كَانَت حَيَاتُهُ مَعلُومَة (وَلَا يَرِثُ المَفقُودُ أَحَدًا مَاتَ فِي حَالِ فَقدِهِ) لِأَنَّ بَقَاءَهُ حَيًّا فِي ذَلِكَ الوَقتِ بِاستِصحَابِ الحَالِ وَهُوَ لَا يَصلُحُ حُجَّة فِي

قوله: (**والأقيس أن لا يقدر بشيء**) من المقدرات كالمائة والتسعين؛ لأن نصب المقادير بالرأي لا يكون، ولا نص فيه، ولكن يقدر بموت الأقران؛ لأنه لو لم يقدر بشيء أصلا يتعطل حكم المفقود.

وفي الكافي: والأرفق بالناس أن يقدر بتسعين سنة، وعليه الفتوى؛ لأنه أقل المقادير، والتفحص عن حال الأقران أنهم ماتوا أو لا غير ممكن عادة، وفيه حرج، والغالب في زماننا بتسعين، والحياة بعده نادر، ولا عبرة للنادر.

والأقيس: تفضيل المقيس، كالأشهر: في تفضيل المشهور.

عن العلَّامة مولانا حافظ الدين: لا يفضل على المفعول إلا على طريق الشذوذ، كقولهم: أَشْغَلُ من ذاتِ النَّحْيَيْنِ.

وفي الينابيع: قيل: يفوض إلى رأي القاضي، ولا تقدير فيه في ظاهر الرواية.

وفي القنية: وهذا رواية عن أبي حنيفة.

قوله: (**لم يرث منه**)؛ أي: من المفقود.

قوله: (**باستصحاب الحال**) يصلح لإبقاء ما كان على ما كان، لا لإثبات ما لم يكن ثابتا، وفي الامتناع عن قسمة ماله بين الورثة إبقاء ما كان على ما كان، وفي توريثه من الغير إثبات أمر لم يكن ثابتا له، ولأن حياته باعتبار الظاهر وهو يصلح حجة لرفع الاستحقاق [٢/ ٤١/أ] لا للاستحقاق، فلا يستحق ميراث غيره، ويدفع استحقاق ورثته ماله.

ومعنى **قولنا**: (**لا يرث المفقود أحدًا**) أن نصيب المفقود من الميراث لا يصير ملكا للمفقود، بل نصيبه يتوقف؛ لأن حياته محتملة، والمحتمل يكفي للتوقف، كما في الجنين.

الِاستِحقَاقِ (وَكَذَلِكَ لَو أَوصَى لِلمَفقُودِ وَمَاتَ المُوصِي) ثُمَّ الأَصلُ: أَنَّهُ لَو كَانَ مَعَ المَفقُودِ وَارِثٌ لَا يُحجَبُ بِهِ، وَلَكِنَّهُ يُنتَقَصُ حَقُّهُ بِهِ، وَيُعطَى أَقَلَّ النَّصِيبَينِ وَيُوقَفُ البَاقِي، وَإِن كَانَ مَعَهُ وَارِثٌ يُحجَبُ بِهِ لَا يُعطَى أَصلًا. بَيَانُهُ: رَجُلٌ مَاتَ عَن ابنَتَينِ وَابنِ مَفقُود وَابنِ ابن وَبِنتِ ابن وَالمَالُ فِي يَدِ الأَجنَبِيِّ، وَتَصَادَقُوا عَلَى فَقدِ الِابنِ وَطَلَبَت

قوله: (ومات الموصي)؛ أي؛ لا تصح الوصية بل توقف.

وفي الذخيرة: لا يقضى بصحتها ولا يبطل حتى يظهر حال المفقود؛ لأن الوصية أخت الميراث، وفي الميراث تحبس حصة المفقود إلى أن يظهر حاله، فكذا في الوصية.

قوله: (وتصادقوا)؛ أي: الورثة المذكورون والأجنبي، وإنما قيد بالتصادق؛ لأنه إذا قال الأجنبي الذي المال في يده: مات المفقود قبل أبيه، فإنه يجبر على دفع الثلثين إلى البنتين؛ لأن إقراره معتبر في حق ما في يده، وقد أقر أن ثلثي ما في يده للابنتين، فيجبر على تسليمه إليهما، لا يمتنع إقراره بقول أولاد الابن: أبونا مفقود؛ لأنهم لا يدعون لأنفسهم بهذا القول شيئًا، ويوقف الباقي على يد ذي اليد حتى يظهر مستحقه، هذا إذا أقر من في يده المال، أما لو جحد أن يكون للميت مال في يده، فأقامت الابنتان البينة أن أباهم مات وترك هذا المال ميراثا لهما ولأخيهما المفقود، فإن كان حيًّا فهو الوارث معنا، وإن كان ميتا فولده الوارث، فإنه يدفع إلى الابنتين النصف؛ لأنهما بهذه البينة تثبتان الملك لأبيهما في هذا المال، والأب ميت وأحد الورثة ينتصب خصما عن الميت في إثبات الملك، وإذا ثبت ذلك يدفع لهما المتيقن وهو النصف، ويوقف النصف الثاني على يدي عدل؛ لأن الذي في يده جحد، فهو غير مؤتمن عليه.

هذا إذا كان المال في يد أجنبي، أما لو كان في يد الابنتين فالمسألة بحالها، فالقاضي لا يحول المال من موضعه، ولا يقف منه شيئًا للمفقود، أي: لا يخرج من أيديهما شيئًا للمفقود، وكذا لو كان المال في يد ولدي الابن المفقود، يعطى للابنتين النصف، ويترك الباقي في أيديهما؛ لأنه لا يدري من المستحق لهذا الباقي. كذا في المبسوط(١)، والذخيرة.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١١/ ٤٦).

الِابنَتَانِ المِيرَاثَ تُعطَيَانِ النِّصفَ، لِأَنَّهُ مُتَيَقَّنٌ بِهِ وَيُوقَفُ النِّصفُ الآخَرُ، وَلَا يُعطَى وَلَدُ الِابنِ لِأَنَّهُم يُحجَبُونَ بِالمَفقُودِ، وَلَو كَانَ حَيًّا فَلَا يَستَحِقُّونَ المِيرَاثَ بِالشَّكِّ وَلَا يُنزَعُ مِن يَدِ الأَجنَبِيِّ إِلَّا إِذَا ظَهَرَت مِنهُ خِيَانَةٌ وَنَظِيرُ هَذَا: الحَملُ، فَإِنَّهُ يُوقَفُ لَهُ مِيرَاثُ ابنٍ وَاحِدٍ عَلَى مَا عَلَيهِ الفَتوَى، وَلَو كَانَ مَعَهُ وَارِثٌ آخَرُ إِن كَانَ لَا يَسقُطُ بِحَال وَلَا يَتَغَيَّرُ بِالحَملِ يُعطَى كُلٌّ نَصِيبَهُ، وَإِن كَانَ مِمَّن يَسقُطُ بِالحَملِ لَا يُعطَى، وَإِن كَانَ مِمَّن يَتَغَيَّرُ بِهِ يُعطَى الأَقَلَّ لِلتَّيَقُّنِ بِهِ، كَمَا فِي المَفقُودِ وَقَد شَرَحنَاهُ فِي «كِفَايَةِ المُنتَهِي» بِأَتَمَّ مِن هَذَا، وَاَللَّهُ أَعلَمُ.

قوله: (لأنه)؛ أي: النصف متيقن به؛ لأنا لو قدرنا المفقود ميتا كان نصيبهما الثلثين، ولو قدرناه حيًّا كان نصيبهما النصف، فالنصف متيقن.

قوله: (**على ما عليه الفتوى**) هذا احتراز عما روي عن أبي حنيفة: أنه يوقف للحمل ميراث أربع بنين، وعما روي عن محمد، فإنه قال في رواية: ثلاث بنين، وفي رواية: نصيب ابنين، وهو رواية عن أبي يوسف. وعن أبي يوسف: أنه يوقف نصيب ابنٍ واحدٍ، وعليه الفتوى. كذا في التتمة وغيرها.

قوله: (**ولا يتغير بالحمل**) كما لو ترك امرأة حاملا وجدة، يعطى للجدة السدس؛ لأنه لا يتغير فرضه أصلا، وصورة من يسقط بالحمل: ما لو ترك امرأة حاملًا وأخًا أو عمًّا. وصورة من يتغير به: ما لو ترك زوجة وحملًا، أو حملًا وأُمًّا، فالأم تأخذ السدس مع الولد، ولو كان ميتا تأخذ الثلث، وهكذا في المفقود.

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كِتَابُ الشَّرِكَةِ

(الشَّرِكَةُ جَائِزَةٌ) «لِأَنَّهُ ﷺ بُعِثَ وَالنَّاسُ يَتَعَامَلُونَ بِهَا فَقَرَّرَهُم عَلَيهِ»، قَالَ:

كتاب الشركة

للشركة مناسبة بالمفقود والإباق واللقطة، من حيث إن المال أمانة في يد الشريك، كما أن الآبق واللقطة ومال المفقود في يد من كان في يده أمانة، وللشركة مناسبة خاصة بالمفقود، من حيث إن قرب المفقود لو مات، كان فيه اختلاط مال المفقود الحاصل من الإرث بمال غيره من الوارث على تقدير الحياة، وفي الشركة اختلاط المالين، فكذا ذكرها عقيب المفقود، وقدم المفقود لمناسبة خاصة له بالإباق على ما ذكرنا.

ثم **(الشركة)** لغة: اختلاط النصيبين فصاعدا، أو تركيبها بدل على الخلط، ومنه الشركة بالتحريك حبالة الصائد؛ لتشابكها وخلط بعضها بالبعض، ويطلق اسم الشركة على العقد وإن لم يوجد اختلاط النصيبين؛ لما أن العقد سبب له.

وشرعيتها ثابت بالكتاب، والسنة، والإجماع، والمعقول:

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿فَهُمْ شُرَكَآءُ فِي ٱلثُّلُثِۚ﴾ [النساء:١٢]، وقال تعالى: ﴿وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ ٱلْخُلَطَآءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ﴾ [ص:٢٤]، والخلطاء هم الشركاء.

ومن السُّنة: ما روى أن البراء ابن عازب وزيد بن أرقم كانا شريكين، فاشتريا فضة بنقد ونسيئة، فبلغ النبي عليه السلام فقال: **«أن ما كانَ بنقدٍ فأَجِيزوهُ، ومَا كانَ بِنَسيئةٍ فَرُدُّوهُ»**(١) وعنه عليه السلام أنه قال: **«يقولُ اللهُ تَعالَى: أنا ثالِثُ الشّريكينِ ما**

---

(١) أخرجه أحمد (٤/ ٣٧١ برقم ١٩٣٢٦) من حديث زيد بن أرقم والبراء بن عازب رضي الله عنهما.

قال ابن الملقن: وهذا إسناد صحيح، وليس هو بمرسل كما يبدو لك من ظاهره. البدر المنير (٦/ ٧٢٦).

وأخرجه البخاري (٣/ ٥٥ برقم ٢٠٦٠) بلفظ: «إن كان يدًا بيد فلا بأس، وإن كان نَساءً فلا يصلح».

(الشَّرِكَةُ ضَربَانِ: شَرِكَةُ أَملَاك، وَشَرِكَةُ عُقُود. فَشَرِكَةُ الأَملَاكِ: العَينُ يَرِثُهَا رَجُلَانِ أَو يَشتَرِيَانِهَا، فَلَا يَجُوزُ لِأَحَدِهِمَا أَن يَتَصَرَّفَ فِي نَصِيبِ الآخَرِ إِلَّا بِإِذنِهِ، وَكُلٌّ مِنهُمَا فِي نَصِيبِ صَاحِبِهِ كَالأَجنَبِيِّ) وَهَذِهِ الشَّرِكَةُ تَتَحَقَّقُ فِي غَيرِ المَذكُورِ فِي الكِتَابِ، كَمَا إِذَا اتَّهَبَ رَجُلَانِ عَينًا أَو مَلَكَاهَا بِالِاستِيلَاءِ أَو اختَلَطَ مَالُهُمَا مِن غَيرِ صُنعِ أَحَدِهِمَا أَو بِخَلطِهِمَا خَلطا يَمنَعُ التَّمييزَ رَأسا أَو إِلَّا بِحَرَج، وَيَجُوزُ بَيعُ أَحَدِهِمَا نَصِيبَهُ مِن شَرِيكِهِ فِي جَمِيعِ الصُّوَرِ وَمِن غَيرِ شَرِيكِهِ بِغَيرِ إِذنِهِ إِلَّا فِي صُورَةِ الخَلطِ وَالِاختِلَاطِ، فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ إِلَّا بِإِذنِهِ، وَقَد بَيَّنَّا الفَرقَ فِي «كِفَايَةِ المُنتَهِي»

لَمْ يَخُنْ أحدُهما صاحِبَه، فإذا خانَ خرجْتُ مِن بَينِهما». رواه أبو داود(1).

وعنه ﷺ أنه قال: [٢/ ٤١/ب] «يدُ اللهِ علَى المُشتَرِكَينِ ما لَمْ يتخاوَنا»، وروي أن السائب بن شريك، وفي شرح الوجيز: السائب بن زيد كان شريكه ﷺ قبل المبعث، فجاء إلى النبي ﷺ وقال: أتعرفني، فقال ﷺ: «كيفَ لا أعرِفُكَ وكُنتَ شَريكي، وكُنتَ خيرَ شَريكٍ لا تُدارِي ولا تُمارِي»(2) أي: لا تلاحي ولا تخاصم، وبعث النبي ﷺ والناس يفعلون، فأقرهم عليه، وأجمعت الأمة على جوازها.

وأما المعقول: فهي طريق ابتغاء الفضل، وهو مشروع بالكتاب.

قوله: (وهذه الشركة)؛ أي: شركة الأملاك.

قوله: (يمنع التمييز رأسًا)؛ أي: أصلًا، كخلط الحنطة بالحنطة، أو ألّا يخرج، كخلط الحنطة بالشعير، وكذا ما يملكان بصدقة أو وصية.

قوله: (وقد بينا الفرق) إلى آخره، وفي مبسوط شيخ الإسلام: الفرق: أن خلط الجنس بالجنس على سبيل التعدّي سبب لزوال الملك عن المخلوط ـ أي: الخالط ـ، فإذا حصل بغير تعدّي يكون سبب الزوال ثابتا من وجه دون وجه،

---

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٥٦ برقم ٣٣٨٣)، والحاكم (٢/ ٦٠ برقم ٢٣٢٢) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.
قال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه.

(٢) أخرجه أبو داود (٤/ ٢٦٠ برقم ٤٨٣٦)، وابن ماجه (٢/ ٧٦٨ برقم ٢٢٨٧)، والحاكم (٢/ ٦٩ برقم ٢٣٥٧) من حديث السَّائِبِ بْنِ أَبِي السَّائِبِ رضي الله عنهما.
قال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه.

(وَالضَّربُ الثَّانِي: شَرِكَةُ العُقُودِ، وَرُكنُهَا: الإِيجَابُ وَالقَبُولُ، وَهُوَ أَن يَقُولَ أَحَدُهُمَا: شَارَكتُك فِي كَذَا وَكَذَا وَيَقُولَ الآخَرُ: قَبِلت) وَشَرطُهُ: أَن يَكُونَ التَّصَرُّفُ المَعقُودُ عَلَيهِ عَقدَ الشِّركَةِ قَابِلًا لِلوَكَالَةِ، لِيَكُونَ مَا يُستَفَادُ بِالتَّصَرُّفِ مُشتَرَكًا بَينَهُمَا،

فاعتبر نصيب كل واحد زائلًا إلى الشريك، كأنه منع ملك نفسه عملا بالشبهين.

وفي الفوائد الظهيرية: الشركة إذا كانت من الابتداء بينهما، بأن اشتريا حنطة أو ورثاها كانت كل حبة يشار إليها مشتركة بينهما، فيتبع أحدهما نصيبه منها، فهو جائز سواء كان بيعه من الشريك أو الأجنبي، أما لو كانت الشركة بالخلط أو الاختلاط، فكل حبة يشار إليها ليست بمشتركة بينهما؛ لأنه يجوز أن تكون تلك الحبة بجميع أجزائها ملكا لصاحبه، ويجوز أن تكون ملكا له، فلا يجوز في هذه الصورة من الأجنبي؛ لأنه لا يقدر على تسليم نصيبه منها، لا جزءًا شائعًا ولا كلًّا، فيتوقف جواز بيعه إلى إذن شريكه لاختلاط المبيع مع غيره، أما لو كان البيع من شريكه فيمكن التسليم فيجوز.

قوله: **(شاركتك في كذا وكذا)**؛ أي: كذا من المال وكذا من التصرف، أي: في البزازي والبقالي، أو في عموم التجارات.

وقوله: **(عقد الشركة)** بالنصب على المصدر، وقوله: **(قابلا)** خبر كان، وقوله: **(المعقود عليه)** صفة التصرف، ثم في قوله: **(قابلًا الوكالة)** احتراز عن الشركة في التَّكَدِّي والاحتشاش والاحتطاب والاصطياد، فإن الملك في هذه الصور يقع لمن باشر سببه خاصًّا، لا على وجه الاشتراك، ولما كانت شركة العقود متضمنة للوكالة؛ علل بتضمن هذه العقود الوكالة بقوله: **(ليكون ما يستفاد من العقد مشتركا)** إذ لو لم يكن كل واحد وكيلا عن صاحبه في النصف وفي النصف عاملا لنفسه؛ لا يكون المستفاد مشتركا، وخصت المفاوضة بتضمن الكفالة؛ لأنها تقتضي المساواة فيما يتصل بالتجارات من النفع والضرر، وإنما يستويان في الضرر إذا كان كل واحد مطالبة بسبب تجارة للآخر. كذا في مبسوط شيخ الإسلام.

وقيل في وجه الانحصار على الأربعة: أن العقد إما إن ذكرا فيه المال أو لم يذكرا، ففي الذكر شرطا المساواة في المال وربحه وتصرفه، وضرره ونفعه

فَيَتَحَقَّقُ حُكمُهُ المَطلُوبُ مِنهُ (ثُمَّ هِيَ أَربَعَةُ أَوجُه: مُفَاوَضَةٌ، وَعِنَانٌ، وَشَرِكَةُ الصَّنَائِعِ، وَشَرِكَةُ الوُجُوهِ.

(فَأَمَّا شَرِكَةُ المُفَاوَضَةِ فَهِيَ: أَن يَشتَرِكَ الرَّجُلَانِ فَيَتَسَاوَيَانِ فِي مَالِهِمَا

أو لا، فإن شرطا فهو المفاوضة، وإلا فهو العنان، وفي عدم ذكر المال فلا يخلو.

أما إن شرطا العمل في مال الغير أو لا، فالأول الصنائع، والثاني الوجوه، يقال: الناس فوضى في هذا الأمر، أي: سواء لا تباين بينهم، أو السَّراة جمع السري. قال في الصحاح: هو جمع عزيز لا يعرف غيره، جمع فعيل على فعلة، سرى يسري سراوة، أي: صار سريًّا[1] [البحر الكامل].

وتَرَى السَّريَّ مِنَ الرجالِ بِنَفْسِهِ وابْنَ السَّرِيِّ إذا سرى أسْراهُما

وجعل في المفصل السراة اسم جمع للسري، كركب في راكب، وقائل الشعر الأفوه الأودي، وهو اسم شاعر، يقال: رجل أفوه وامرأة فوهاء، من الفوه بالتحريك، وهو سعة الفم. وتمام الشعر: [البحر البسيط].

تَهدي الأمورُ بأهلِ الرّأيِ ما صَلُحَتْ فإن تَولَّتْ فَبِالْجُهَّالِ تَنْقادُ

ومعنى الشعر: إذا لم يكن للناس أمير وسيد؛ كان كل مستقل بنفسه، فتتحقق المنازعة والفساد، فكان إشارة إلى التوحيد المستفاد من قوله تعالى: ﴿لَوْ كَانَ فِيهِمَآ ءَالِهَةٌ إِلَّا ٱللَّهُ لَفَسَدَتَا﴾ [الأنبياء: ٢٢].

وفي المبسوط: اشتقاق المفاوضة من التفويض، إذ كل واحد منهما يفوض التصرف إلى صاحبه[2]، ولا بد من المساواة في المال ابتداء وانتهاء؛ لأن المفاوضة من العقود الجائزة، إذ لكل واحد منهما ولاية الامتناع بعد عقد الشركة، فكان لدوامها حكم الابتداء، وفي ابتداء العقد المساواة في المال شرط، فكذا في الانتهاء، حتى لو زاد أحد المالين قيمة قبل الشراء [٢/ ٤٢/أ] فالمفاوضة منتقضة.

---

(١) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية للجوهري (٦/ ٢٣٧٥).

(٢) المبسوط للسَّرَخسِي (١١/ ١٥٢).

وَتَصَرُّفِهِمَا وَدِينِهِمَا) لِأَنَّهَا شَرِكَةٌ عَامَّةٌ فِي جَمِيعِ التِّجَارَاتِ يُفَوِّضُ كُلُّ وَاحِد مِنهُمَا أَمرَ الشَّرِكَةِ إِلَى صَاحِبِهِ عَلَى الإِطلَاقِ، إذ هِيَ مِن المُسَاوَاةِ، قَالَ قَائِلُهُم:

لاَ يَصلُحُ النَاس فَوضى لا سَراةَ لَهُم ... وَلاَ سَرَاةَ إِذَا جُهَّالُهُم سَادُوا

أَي مُتَسَاوِيِينَ.

فَلَا بُدَّ مِن تَحقِيقِ المُسَاوَاةِ ابتِدَاء وَانتِهَاء، وَذَلِكَ فِي المَالِ، وَالمُرَادُ بِهِ مَا تَصِحُّ الشَّرِكَةُ فِيهِ، وَلَا يُعتَبَرُ التَّفَاضُلُ فِيمَا لَا يَصِحُّ الشَّرِكَةُ فِيهِ، وَكَذَا فِي التَّصَرُّفِ، لِأَنَّهُ لَو مَلَكَ أَحَدُهُمَا تَصَرُّفًا لَا يَملِكُ الآخَرُ لَفَاتَ التَّسَاوِي، وَكَذَلِكَ فِي الدَّينِ لِمَا نُبَيِّنُ إن شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، وَهَذِهِ الشَّرِكَةُ جَائِزَةٌ عِندَنَا استِحسَانا. وَفِي القِيَاسِ: لَا تَجُوزُ، وَهُوَ قَولُ الشَّافِعِيِّ.

وَقَالَ مَالِكٌ: لَا أَعرِفُ مَا المُفَاوَضَةُ. وَجهُ القِيَاسِ: ....

(وذلك)؛ أي: تحقيق المساواة (في المال) وفي التصرف والدين على ما يجيء.

قوله: (والمراد به)؛ أي: بالمال الذي يشترط به المساواة (ما تصح الشركة) كالدراهم والدنانير، أما فيما لا تصح فيه الشركة كالعروض والعقار والديون لا يشترط فيه المساواة، حتى لو كان لأحدهما ديون على الناس لا تبطل المفاوضة ما لم يقبض الدين. ذكره في الإيضاح والذخيرة.

قوله: (وهو)؛ أي: القياس (قول الشافعي) وبه قال أحمد.

(وقال مالك: ما أعرف المفاوضة):

وفي الكافي: وهو تناقض؛ لأنه إذا لم يعرفه كيف يحكم بالفساد، إذ لا تصديق بلا تصور، ورد هذا إلى قوله: ما أدري ما يكون حكما بالفساد ولا بالجواز حتى يلزم التناقض.

وفي المبسوط: إن كان لا يعرفها لغة فقد بينا اشتقاقها، وإن كان لا يعرفها شرعا فقد روينا فيها الحديث[1].

---

(١) المبسوط للسَّرَخسِي (١١/ ١٥٣).

أَنَّهَا تَضَمَّنَت الوَكَالَةَ بِمَجهُولِ الجِنسِ وَالكَفَالَةُ بِمَجهُول، وَكُلُّ ذَلِكَ بِانفِرَادِهِ فَاسِدٌ. وَجهُ الِاستِحسَانِ: قَولُهُ ﷺ: «فَاوِضُوا فَإِنَّهُ أَعظَمُ لِلبَرَكَةِ» وَكَذَا النَّاسُ يُعَامِلُونَهَا مِن غَيرِ نَكِير، وَبِهِ يُترَكُ القِيَاسُ ....

وفي الحلية، والمغني لابن قدامة: وحكي عن أصحاب مالك أن المفاوضة تجوز في الجملة[(١)]، وصفتها عنده: أن يفوض كل واحد إلى الآخر التصرف مع حضوره وغيبته، وتكون يده كيده، ولا يشترط التساوي في المال.

قوله: (أنها)؛ أي: المفاوضة **(تضمنت الوكالة بمجهول)**؛ أي: بشيء مجهول الجنس، والكفالة لمجهول بمجهول، فإن كل واحد منهما يكون كفيلا عن صاحبه فيما يلزمه بجهة التجارة، فكان المكفول به وله مجهولان، وكل واحد من الوكالة مجهول الجنس، والكفالة للمجهول بانفراده فاسد، فعند الانضمام أولى، إذ باجتماع المفسد يزداد الفساد.

فإن قيل: الوكالة العامة جائزة، كما لو قال الآخر: وكلتك في مالي اصنع ما شئت، حتى لا يجوز له أن يتصرف في ماله ما يشاء.

قلنا: العموم ليس بمراد هنا، فإنه لا تثبت الوكالة في شراء طعام الأهل وكسوتهم، فإذا لم يكن عامًّا يكون توكيلا بمجهول الجنس.

(**وجه الاستحسان: قوله** عَلَيْهِ السَّلَامُ: «فاوضوا فإنه...»)[(٢)] أي: عقد المفاوضة (**«أعظم للبركة»**)، وقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: **«إذا فاوَضْتُمْ فأحْسِنوا المُفاوَضَة»**.

قال ابن قدامة في المغني: لا يعرف الخبر، ولا رواه أصحاب السنن[(٣)].

قيل له: هذا لا يدل على عدم صحته؛ إذ ليس من شرط صحة الحديث أن يرويه أصحاب السنن.

قوله: (وبه يترك القياس)؛ لأن التعامل كالإجماع.

---

(١) حلية العلماء للشاشي (٥/ ١٠١).

(٢) سبق تخريجه.

(٣) المغني لابن قدامة (٥/ ٢٢).

وَالجَهَالَةُ مُتَحَمَّلَةٌ تَبَعًا كَمَا فِي المُضَارَبَةِ (وَلَا تنعَقِدُ إلَّا بِلَفظَةِ المُفَاوَضَةِ) لِبُعدِ شَرَائِطِهَا عَن عِلمِ العَوَامّ، حَتَّى لَو بَيَّنَّا جَمِيعَ مَا تَقتَضِيه تَجُوزُ لِأَنَّ المُعتَبَرَ هُوَ المَعنَى. قَالَ: (فَتَجُوزُ بَينَ الحُرَّينِ الكَبِيرَينِ، مُسلِمَينِ أَو ذِمِّيَّينِ، لِتَحَقُّقِ التَّسَاوِي، وَإِن كَانَ أَحَدُهُمَا كِتَابِيًّا وَالآخَرُ مَجُوسِيًّا تَجُوزُ أَيضًا) لِمَا قُلنَا (وَلَا تَجُوزُ بَينَ الحُرِّ وَالمَملُوكِ وَلَا بَينَ الصَّبِيِّ وَالبَالِغِ) لِانعِدَامِ المُسَاوَاةِ، لِأَنَّ الحُرَّ البَالِغَ يَملِكُ التَّصَرُّفَ وَالكَفَالَةَ، وَالمَملُوكُ لَا يَملِكُ وَاحِدًا مِنهُمَا إلَّا بِإِذنِ المَولَى، وَالصَّبِيُّ لَا يَملِكُ الكَفَالَةَ وَلَا يَملِكُ التَّصَرُّفَ إلَّا بِإِذنِ الوَلِيِّ.

قَالَ: (وَلَا بَينَ المُسلِمِ وَالكَافِرِ) وَهَذَا قَولُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّد. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَجُوزُ لِلتَّسَاوِي بَينَهُمَا فِي الوَكَالَةِ وَالكَفَالَةِ(*)، وَلَا مُعتَبَرَ بِزِيَادَةِ تَصَرُّف يَملِكُهُ أَحَدُهُمَا كَالمُفَاوَضَةِ ....

وقوله: (والجهالة متحملة تبعا) جواب عن جهة القياس، يعني: كم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدًا؟ فإن الوكالة بمجهول الجنس لا تثبت قصدًا وتثبت ضمنًا بالإجماع، كما في المضاربة وشركة العنان، ولأن المقصود من المضاربة تحصيل الربح، وهذا المقصود لا يفوت بجهالة المشتري، وكذا الكفالة للمجهول لا تثبت قصدا وتثبت ضمنا، وضرورة المساواة، إذ المفاوضة تقتضي المساواة في النفع والضرر، ومن ضرورتها الكفالة للمجهول. كذا في المبسوطين.

ولأن الجهالة مبطلة باعتبار المنازعة لا بذاتها، ولا منازعة هاهنا.

قوله: (لبعد شرائطها)؛ أي: شرائط المفاوضة (عن علم العوام) فإن أكثر الناس لا يعرفون جميع أحكامها، ولهذا اشتبه على مجتهد، فلا يتحقق الرضا منهما بحكم المفاوضة قبل علمهما، فنجعل تصريحهما بلفظ المفاوضة قائما مقام ذلك كله؛ لأن المعتبر هو المعنى لا اللفظ، ولهذا تجعل الكفالة بشرط براءة الأصل حوالة، والحوالة بشرط ضمان الأصل كفالة.

قوله: (لما قلنا)؛ وهو تحقق التساوي؛ إذ الكفر كله ملة واحدة عندنا.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة ومحمد.

بَينَ الشَّفعَوِيِّ وَالحَنَفِيِّ فَإِنَّهَا جَائِزَةٌ. وَيَتَفَاوَتَانِ فِي التَّصَرُّفِ فِي مَترُوكِ التَّسمِيَةِ، إِلَّا أَنَّهُ يُكرَهُ لِأَنَّ الذِّمِّيَّ لَا يَهتَدِي إِلَى الجَائِزِ مِن العُقُودِ.

وَلَهُمَا: أَنَّهُ لَا تَسَاوِي فِي التَّصَرُّفِ، فَإِنَّ الذِّمِّيَّ لَو اشتَرَى بِرَأسِ المَالِ خُمُورًا

قوله: (**بين الشفعوي**) والصواب: الشافعي المذهب، وقد بيناه في باب الوتر (**والحنفي**) المذهب. وفي بعض النسخ: الحنيفي، والصواب: الحنفي المذهب حنيفي الإسلام؛ لأن الحنفي منسوب إلى أبي حنيفة، فالنسبة إلى فعيلة فَعَلي، بحذف ياء فعيلة كمدني، وأما النسبة إلى الفعيل بدون الهاء، كالحنيف حنيفي بلا تغيير. كذا في المغرب[1].

قوله: (**في متروك التسمية**)؛ أي: عمدًا، فإن الشافعي المذهب يعتقد المالية منه، والحنفي لا يعتقد، ومع ذلك تجوز المفاوضة بينهما.

قوله: (**إلا أنه**)؛ أي: عقد الشركة بين المسلم والكافر؛ لأنه يحتمل أن يباشر غير الجائز، فيصير سببا لوقوع المسلم في الحرام.

قوله: (**ولهما: أنه لا تساوي**) إلى آخره.

فإن قيل: يشكل بمفاوضة الكتابي بالمجوسي، حيث يصح ولا مساواة في التصرف بينهما، فإن المجوسي يتصرف في الموقوذة؛ لأنه يتصرف ويعتقد فيها المالية، والكتابي لا يتصرف، وكذا الكتابي يؤاجر نفسه للذبح، والمجوسي لا يؤاجر نفسه للذبح، وكذلك الشافعي مع الحنفي في متروك التسمية [٢/ ٤٢/ ب] كما ذكرنا.

قلنا: أما مسألة الموقوذة، فإن من يجعل الموقوذة مالا في حقهم لا يفصل فيه بين الكتابي والمجوسي، فتتحقق المساواة، وأما مسألة المؤاجرة فالمساواة بينهما ثابتة في ذلك معنى، فإن المجوسي من أن يتقبل ذلك العمل، وإجارته نفسه للذبح صحيحة موجبة للأجر، حتى لو فعل نائبه يستحق الأجر، وأما متروك التسمية لا يحل التصرف فيه لا للشافعي ولا للحنفي؛ لثبوت ولاية

---

(١) المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي (ص ٥٢٨).

أَو خَنَازِيرَ صَحَّ، وَلَو اشتَرَاهَا مُسلِمٌ لَا يَصِحُّ (وَلَا يَجُوزُ بَينَ العَبدَينِ وَلَا بَينَ الصَّبِيَّينِ وَلَا بَينَ المُكَاتَبَينِ) لِانعِدَامِ صِحَّةِ الكَفَالَةِ، وَفِي كُلِّ مَوضِعٍ لَم تَصِحَّ المُفَاوَضَةُ لِفَقدِ شَرطِهَا، وَلَا يُشتَرَطُ ذَلِكَ فِي العِنَانِ كَانَ عِنَانًا لِاستِجمَاعِ شَرَائِطِ العِنَانِ، إِذ هُوَ قَد يَكُونُ خَاصًّا وَقَد يَكُون عَامًّا.

قَالَ: (وَتَنعَقِدُ عَلَى الوَكَالَةِ وَالكَفَالَةِ) أَمَّا الوَكَالَةُ فَلِتَحَقُّقِ المَقصُودِ وَهُوَ الشَّرِكَةُ فِي المَالِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَأَمَّا الكَفَالَةُ: فَلِتَحَقُّقِ المُسَاوَاةِ فِيمَا هُوَ مِن مُوَاجِبِ التِّجَارَاتِ وَهُوَ تَوَجُّهُ المُطَالَبَةِ نَحوَهُمَا جَمِيعًا.

الإلزام بالمحاجة، فتتحقق المساواة بينهما في المال والتصرف. كذا في المبسوط[١].

وفي الإيضاح: وأما المسلم مع المرتد فلا تجوز الشركة بينهما في قولهم. هكذا ذكره أبو الحسن، وذكر في الأصل: قياس قول أبي يوسف إنه يجوز.

قوله: (ولا بينَ الصَّبِيَّيْنِ)؛ أي: وإن أذن أبوهما؛ لأنهما ليسا من أهل الكفالة. ذكره في المبسوط[٢].

قوله: (إذ هو)؛ أي: عقد شركة العنان، وبه صرح في المبسوط؛ لأن المفاوضة أعم من العنان، فإذا بطل معنى العموم فبقي معنى الخصوص، فجاز إثبات العنان بلفظ المفاوضة، كما جاز إثبات الخصوص بلفظ العموم، والعنان قد يكون خاصًّا وقد يكون عامًّا، فهذا عنان عام.

وقوله: (ولا يشترط ذلك في العنان) من صورة المسألة.

قوله: (وتنعقد)؛ أي: المفاوضة **(على الوكالة والكفالة)** واختصاص المفاوضة إنما يكون بالكفالة لا غير، ومعنى الكفالة هاهنا: أن يطالب كل واحد من شريكي المفاوضة بما باشر به الآخر، أما لو كفل أحدهما عن أجنبي بمال، هل يلزم الآخر؟ فيه اختلاف يجيء.

قوله: (على ما بينا) أراد به **قوله: (ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا نحوهما جميعًا)** لما بينا أن المفاوضة تقتضي المساواة فيما يتصل بالتجارة من

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١١/ ١٩٧).

(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (١١/ ١٩٨).

قَالَ: (وَمَا يَشتَرِيه كُلُّ وَاحِد مِنهُمَا يَكُونُ عَلَى الشَّرِكَةِ إِلَّا طَعَامَ أَهلِهِ وَكِسوَتَهُم) وَكَذَا كِسوَتُهُ، وَكَذَا الإِدَامُ لِأَنَّ مُقتَضَى العَقدِ المُسَاوَاةُ، وَكُلُّ وَاحِد مِنهُمَا قَائِمٌ مَقَامَ صَاحِبِهِ فِي التَّصَرُّفِ، وَكَانَ شِرَاءُ أَحَدِهِمَا كَشِرَائِهِمَا، إِلَّا مَا استَثنَاهُ فِي الكِتَابِ، وَهُوَ استِحسَانٌ. لِأَنَّهُ مُستَثنى عَن المُفَاوَضَةِ لِلضَّرُورَةِ، فَإِنَّ الحَاجَةَ الرَّاتِبَةَ معلُومَةُ الوُقُوعِ، وَلَا يُمكِنُ إِيجَابُهُ عَلَى صَاحِبِهِ وَلَا التَّصَرُّفُ مِن مَالِهِ، وَلَا بُدَّ مِن الشِّرَاءِ فَيَختَصُّ بِهِ ضَرُورَةً. وَالقِيَاسُ: أَن يَكُونَ عَلَى الشَّرِكَةِ لِمَا بَيَّنَّا (وَلِلبَائِعِ أَن يَأخُذَ بِالثَّمَنِ أَيَّهمَا شَاءَ) المُشتَرِي بِالأَصَالَةِ وَصَاحِبُهُ بِالكَفَالَةِ، وَيَرجِعُ الكَفِيلُ عَلَى المُشتَرِي بِحِصَّتِهِ مِمَّا أَدَّى، لِأَنَّهُ قَضَى دَينا عَلَيهِ مِن مَال مُشتَرَك بَينَهُمَا.

قَالَ: (وَمَا يَلزَمُ كُلَّ وَاحِد مِنهُمَا مِن الدُّيُونِ بَدَلًا عَمَّا يَصِحُّ فِيهِ الِاشتِرَاكُ فَالآخَرُ ضَامِنٌ لَهُ) تَحقِيقا لِلمُسَاوَاةِ، فَمِمَّا يَصِحُّ الِاشتِرَاكُ فِيهِ: الشِّرَاءُ وَالبَيعُ وَالِاستِئجَارُ، ....

النفع والضر، والنفع هو الربح، والضر بوجه المطالبة؛ لأن الخراج بالضمان.

قوله: (وكذا الإدام):

وفي المبسوط: وكذا الخادم التي يطؤها، فإني أجعل ذلك لمن كان في يده ولا أجعله في الشركة استحسانا(١).

وقوله: (لما بينا) إشارة إلى **قوله: (لأن مقتضى العقد المساواة).**

قوله: (وللبائع)؛ أي: لبائع الطعام والكسوة والإدام والخادم.

قوله: (وصاحبه بالكفالة)؛ لأنه بالعقد كفل منه ما لزمه بالشراء، فكان بوجه سبب المطالبة على كل واحد منهما بسبب على حدة، فيطالبه لذلك، ولأن في عدم وقوع الطعام والكسوة على الشركة ضرورة، ولا ضرورة في ألا يقع عقد أحد الشريكين متضمنا للكفالة، فتثبت الكفالة.

قوله (والاستئجار)، وفي المبسوط: سواء استأجر للتجارة أو لحاجة نفسه؛ لأن الإجارة من عقود التجارة، وكل واحد كفيل عن صاحبه بما يلزمه بالتجارة(٢).

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١١/ ١٨٨).

(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (١١/ ٢٠١).

وَمِن القِسمِ الآخَرِ: الجِنَايَةُ وَالنِّكَاحُ وَالخُلعُ وَالصُّلحُ عَن دَمِ العَمدِ وَعَن النَّفَقَةِ.

قَالَ: (وَلَو كَفِلَ أَحَدُهُمَا بِمَالٍ عَن أَجنَبِيٍّ لَزِمَ صَاحِبَهُ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: لَا يَلزَمُهُ)(*) لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ، وَلِهَذَا لَا يَصِحُّ مِن الصَّبِيِّ وَالعَبدِ المَأذُونِ وَالمُكَاتَبِ، ....

(ومن القسم الآخر الجناية)؛ أي: على بني آدم، أما ضمان الغصب والاستهلاك فالآخر مطالب عند أبي حنيفة، خلافا لهما، كما يجيء.

في المبسوط: إذا ادعى رجل على أحدهما جراحة خطأ لها أرش مقدر، واستحلفه فحلف، ثم أراد أن يستحلف شريكه؛ ليس له ذلك، إذ لا خصومة له مع شريكه، إذ لا يكون أحدهما كفيلا عن الآخر فيما ليس من التجارة[١]، وكذا المهر والخلع والصلح عن دم العمد إذا ادعى على أحدهما وخلفه؛ ليس له أن يحلف الآخر لما بينا، بخلاف ما لو ادعى على أحدهما بيع خادم يخدم؛ فللمدعي أن يحلف المدعى عليه على الثبات[٢]، وشريكه على العلم؛ إذ كل واحد لو أقر بما ادعاه المدعي يلزمهما، بخلاف الجناية؛ فإنه لو أقر بها أحدهما لا يلزم الآخر، فلا فائدة في الاستحلاف.

وصورة الخلع: ما لو عقدت المرأة مع آخر عقد مفاوضة، ثم خالعت زوجها بمال؛ لم يلزم ذلك على شريكها، وكذا لو أقرت ببدل الخلع لا يلزم شريكها.

قوله: (**لأنه**)؛ أي: الكفيل (متبرع) ولهذا لا تصح الكفالة من الصبي والعبد المأذون والمكاتب.

قال شيخ الإسلام: إنما لا تصح الكفالة من المأذون والمكاتب، وإن كانت تتم معاوضة لا تتم معاوضة ضرورة الانعقاد، فباعتبار الانعقاد لم يصح منهما؛ لأنها تلاقي الذمة، والذمة في المأذون كالمشتركة بينه وبين المولى، حتى صح إقرار المولى عليه في الذمة بقدر القيمة، فإذا لم ينعقد في حقه باعتبار المتبرع لم يتصور تمامها معاوضة؛ لأن التمام بناء على الابتداء، وهاهنا

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١١/ ١٩٥).

(٢) في الأصل: (الثياب)، والمثبت من النسخة الثانية.

وَلَو صَدَرَ مِن المَرِيضِ يَصِحُّ مِن الثُّلُثِ وَصَارَ كَالإِقرَاضِ وَالكَفَالَةِ بِالنَّفسِ.

وَلأَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهُ تَبَرُّعٌ ابتِدَاءً وَمُعَاوَضَةٌ بَقَاءً، لِأَنَّهُ يَستَوجِبُ الضَّمَانَ بِمَا يُؤَدِّي عَلَى المَكفُولِ عَنهُ إِذَا كَانَت الكَفَالَةُ بِأَمرِهِ، فَبِالنَّظَرِ إِلَى البَقَاءِ تَتَضَمَّنُهُ المُفَاوَضَةُ، وَبِالنَّظَرِ إِلَى الِابتِدَاءِ لَم تَصِحَّ مِمَّن ذَكَرَهُ وَتَصِحُّ مِن الثُّلُثِ مِن المَرِيضِ، بِخِلَافِ الكَفَالَةِ

انعقدت الكفالة؛ لأنها لاقت حقه فتتم معاوضة.

قوله: (ولو صدر)؛ أي: الكفالة على تأويل عقد الكفالة، وقيد صدور الكفالة بحالة المرض؛ لأن المريض لو أقر بالكفالة السابقة على حالة الصحة يعتبر ذلك من جميع المال بالإجماع؛ لأن الإقرار بها يلاقي حال [٢/ ٤٣/ أ] بقائها، وفي حالة البقاء الكفالة معاوضة، على ما يجيء ذكره في الأسرار.

قوله: (وصار كالإقراض) وفي الإقراض اختلاف، فإنه ذكر في الإيضاح: لو أقرض أحد المفاوضين مالًا وأعطاه رجلًا، وأخذ السفتجة؛ كان جائزا عليهما ولا يضمن، نوى المال أو لا.

وفي قياس قول أبي يوسف: يضمن المقرض حصة شريكه، قال: وهذا فرع اختلافهم في ضمان الكفالة، فعند أبي يوسف: ضمان الكفالة ضمان تبرع، فلا يلزم الشريك، فكذا القرض. وعند أبي حنيفة: ضمان الكفالة تبرع يلزم الشريك، والكفيل في حكم المقرض.

قوله: (إنه)؛ أي: عقد الكفالة ومعاوضة انتهاء كالهبة بشرط العوض.

(لأنه)؛ أي: عقد الكفالة(١) **(يستوجب الضمان)** باعتبار الرجوع، فبالنظر إلى البقاء بتضمنه المفاوضة، وكلامنا في البقاء؛ لأنا نقول: يلزم شريكه بعد ما لزم عليه، بخلاف المكاتب والمأذون والمريض؛ لأن الكلام ثَمَّ وقع في الابتداء، حتى لو أقر المريض بالكفالة في حالة الصحة يعتبر من كل المال؛ لأن الإقرار يلاقي حالة البقاء، بخلاف الكفالة بالنفس؛ لأنها تبرع ابتداءً وبقاءً، إذ لا يستوجب الكفيل قبل المكفول عنه شيئًا.

---

(١) وقع هنا تكرار في الأصل.

بِالنَّفسِ، لِأَنَّهَا تَبَرُّعٌ ابتِدَاء وَانتِهَاء. وَأَمَّا الإِقرَاضُ فَعَن أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهُ يَلزَمُ صَاحِبَهُ، وَلَو سَلِمَ فَهُوَ إِعَارَةٌ فَيَكُونُ لِمِثلِهَا حُكمُ عَينِهَا لَا حُكمُ البَدَلِ حَتَّى لَا يَصِحَّ فِيهِ الأَجَلُ فَلَا يَتَحَقَّقُ مُعَاوَضَةً، وَلَو كَانَت الكَفَالَةُ بِغَيرِ أَمرِهِ لَم تَلزَمْ صَاحِبَهُ فِي الصَّحِيحِ لِانعِدَامِ مَعنَى المُفَاوَضَةِ.

وَمُطلَقُ الجَوَابِ فِي الكِتَابِ مَحمُولٌ عَلَى المُقَيَّدِ، وَضَمَانُ الغَصبِ وَالِاستِهلَاكُ بِمَنزِلَةِ الكَفَالَةِ عِند أَبِي حَنِيفَةَ، لِأَنَّهُ مُعَاوَضَةٌ انتِهَاء.

(**ولو سلم**)؛ أي: ولئن سلمنا أن الإقراض لا يلزم صاحبه (**فهو إعارة**) فيكون تبرعًا بقاءً أيضًا (**فيكون لمثلها**)؛ أي: لمثل الدراهم المقبوضة حكم عينها لا حكم البدل؛ إذ لو كان لها حكم البدل يؤدي إلى تمليك الشيء بجنسه نسيئة، وهذا لا يجوز؛ لأن الجنس بانفراده يحرم النَّساء. كذا في المبسوط[1].

قوله: (**حتى لا يصح فيه الأجل**)؛ أي: لا يلزم؛ لأن تأجيل الإقراض والعارية جائز، ولكن لا يلزم المضي على ذلك التأجيل.

قوله: (**ومطلق الجواب**) وهو **قوله**: (**ولو كفل أحدهما بمال عن أجنبي**)[2] إلى آخره؛ محمول على المقيد، وهو الكفالة بأمر المكفول عنه وهو المديون.

قوله: (**وضمان الغصب والاستهلاك**):

وفي المبسوط والإيضاح: وكذا ضمان الخلاف في الوديعة والعارية والإقرار بهذه الأشياء يلزم شريكه، ثم يخصص أبي حنيفة في **قوله**: (**بمنزلة الكفالة عنده**) إنما يصح في حق الكفالة لا في حق ضمان الغصب والاستهلاك، فإن فيهما محمد مع أبي حنيفة في أنه يلزم شريكه، وفي الكفالة مع أبي يوسف كما ذكر في الكتاب.

لأبي يوسف: في ضمان الغصب والاستهلاك أنه واجب بسبب ليس هو تجارة، فلا يلزم شريكه كأرش الجناية.

لهما: أن ضمان الغصب والاستهلاك ضمان تجارة، بدليل صحة إقرار المأذون به، وكونه مؤاخذًا به في الحال، وكذا يصح إقرار الصبي المأذون

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ٢٠).

(٢) انظر ص ٤٨٨.

قَالَ: (وَإِن وَرِثَ أَحَدُهُمَا مَالًا يَصِحُّ فِيهِ الشَّرِكَةُ أَو وَهَبَ لَهُ وَوَصَلَ إِلَى يَدِهِ بَطَلَت المُفَاوَضَةُ وَصَارَت عَنَانا) لِفَوَاتِ المُسَاوَاةِ فِيمَا يَصلُحُ رَأسَ المَالِ، إذ هِيَ شَرطٌ فِيهِ ابتِدَاء وَبَقَاء، وَهَذَا لِأَنَّ الآخَرَ لَا يُشَارِكُهُ فِيمَا أَصَابَهُ لِانعِدَامِ السَّبَبِ فِي حَقِّهِ، إِلَّا أَنَّهَا تَنقَلِبُ عِنَانا لِلإِمكَانِ، فَإِنَّ المُسَاوَاةَ لَيسَت بِشَرط فِيهِ، وَلِدَوَامِهِ حُكم الِابتِدَاءِ لِكَونِهِ غَيرَ لَازِم (وَإِن وَرِثَ أَحَدُهُمَا عَرَضًا فَهُوَ لَهُ، وَلَا تَفسُدُ المُفَاوَضَةُ) وَكَذَا العَقَارُ، لِأَنَّهُ لَا تَصِحُّ فِيهِ الشَّرِكَةُ فَلَا تُشتَرَطُ المُسَاوَاةُ فِيهِ.

والمكاتب به، وهذا لأنه بدل مال محتمل للشركة؛ لأنه إنما يجب بأصل السبب، وعند ذلك المحل قابل للملك، ولهذا ملك المغصوب والمستهلك بالضمان، وإذا كان كذلك كان كل واحد من المفاوضين ملتزما له فيجب عليه. كذا في المبسوط(١) والإيضاح.

وفي الكافي: والإعارة للرهن نظير الكفالة خلافًا وتعليلًا، فقالا: إنها تبرع فلا ينتظمها عقد المفاوضة. وقال أبو حنيفة: إنها معاوضة انتهاء، إذ لو تملك الرهن في يد المرتهن يرجع المغير على الراهن بقدر ما سقط من دينه، وإن أقر أحدهما بدين لمن لم تجز شهادته له بولاد أو زوجية لا يلزم الآخر عند أبي حنيفة، وعندهما: يلزمه، وأصله أن الوكيل لا يملك العقد مع هؤلاء عنده، خلافا لهما، وسيأتي في موضعه إن شاء الله تعالى.

قوله: (مالًا يصح فيه الشركة) فقوله: **(يصح فيه الشركة)** صفة (مالًا) أي: المال الذي تصح فيه الشركة كالدراهم والدنانير والفلوس النافقة.

(ووصل إلى يده)؛ أي: قبضه، وكذا لو تصدق عليه ووصل إلى يده.

قوله: (ولدوامه حكم الابتداء لأنه غير لازم) فإن أحدهما لو امتنع عن المضي على موجب العقد؛ لا يجبره القاضي على ذلك، فصار كالوكالة المفردة، فصار كأنهما أنشآ الشركة في الحال ولا مساواة بينهما، فيكون عنانا.

فإن قيل: الإجارة عقد لازم، حتى لا ينفرد كل واحد من المتعاقدين

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١١/ ١٩١).

فَصْلٌ: [وَلا تَنْعَقِدُ الشَّرِكَةُ إلا بالدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ]

(وَلَا تَنعَقِدُ الشَّرِكَةُ إِلَّا بِالدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ ....

الفسخ، ويجبرهما القاضي على المضي، ومع ذلك لدوامها حكم حتى لا تبقى بموت أحد المتعاقدين، فكيف يصح التعليل بعد اللزوم لإثبات مدعاه؟، إذ العقد اللازم لدوامه حكم الابتداء كما في الإجارة.

قيل في جوابه: الإجارة عقد غير لازم كما قال شريح؛ لكون المعقود عليه معدوما في الحال، فكان بمنزلة [٢/ ٤٣/ب] العارية، إلا أنه عقد معاوضة، واللزوم أصل في المعاوضات تحقيقًا للنظر من الجانبين، كما في البيع وانفساخه بموت أحدهما، لا باعتبار كونه لازما، بل باعتبار فوت المستحق؛ لأن رقبة الدار تنتقل إلى الوارث، وكذا بموت المستأجر لو بقى يبقى ملك المنفعة لوارثه، والمنفعة المجردة لا تورث، ولهذا لو مات الموصى له بالخدمة تبطل الوصية، وكذا لو ورث دينا وهو دراهم أو دنانير لا تفسد المفاوضة ما لم يقبض الديون؛ لأن هذه المفاضلة لا تمنع ابتداء، فكذا لا يفسد بقاء. كذا في الإيضاح.

فصل

لما ذكر اشتراط المساواة في رأس المال؛ احتاج إلى بيان ما يصلح من الأموال لرأس مال الشركة، فشرع فيه.

قوله: (لا تَنْعَقِدُ الشَّرِكَةُ إلا بكذا)، في المبسوط: تكون المفاوضة والعنان في شركة التقبل والوجوه مع عدم المال فيهما، فكان قوله: (لا تنعقد الشركة إلا بكذا) كيف ينحصر.

ولو قيل: المراد شركة المفاوضة؛ لأن اللام للتعريف في الشركة، فينصرف إلى المذكور السابق.

قلنا: المفاوضة تجوز في الوجوه والتقبل كما قلنا، وشركة العنان لا تجوز إلا بكذا أيضًا، فلا فائدة في التقييد بالمفاوضة.

قال شيخي العلَّامة صاحب النهاية: المراد شركة المفاوضة؛ لأنه شرع فيه

وَالفُلُوسِ النَّافِقَةِ) وَقَالَ مَالِكٌ: تَجُوزُ بِالعُرُوضِ وَالمَكِيلِ وَالمَوزُونِ أَيضًا إِذَا كَانَ الجِنسُ وَاحِدًا؛ لِأَنَّهَا عُقِدَت عَلَى رَأسِ مَالٍ مَعلُومٍ فَأَشبَهَ النُّقُودَ، بِخِلَافِ المُضَارَبَةِ، لِأَنَّ القِيَاسَ يَأبَاهَا لِمَا فِيهَا مِن رِبحِ مَا لَم يُضمَن.

فَيُقتَصَرُ عَلَى مَورِدِ الشَّرعِ. وَلَنَا: أَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى رِبحِ مَا لَم يُضمَن؛ لِأَنَّهُ إِذَا بَاعَ

بعد بيان المفاوضة، ولهذا بدأ بعد هذا بيان شركة العنان بقوله: **(وأما شركة العنان)** ثم قال بعده: **(ولا يصح إلا بما بينا أن المفاوضة تصح به)**(١).

قوله: (بالفلوس النافقة) قيد بالنافقة؛ لأنه يجوز بغير النافقة؛ لأنها من العروض، وكذا بالتبر النافقة تجوز، ولا خلاف للأئمة في أن الشركة تصح بالنقدين والفلوس النافقة، والخلاف في العروض، فقال أصحابنا وأحمد والشافعي في وجه: يجوز. وقال في وجه: لا يجوز. وقال في وجه: إن كان العروض مثليا يجوز، إذ المثلي يشبه النقود، ويرجع عند المفاوضة بمثلها.

وقال مالك: يجوز بالعروض إذا كان الجنس واحدا؛ لاشتراكهما في رأس مال معلوم، فصارت كالنقود، واشتراط اتحاد الجنس بناءً على أن الخلط شرط عنده.

وعن أحمد في رواية: تجوز الشركة والمضاربة بالعروض، وبه قال الأوزاعي وطاوس وحماد بن أبي سليمان؛ لأن مقصود الشركة جواز تصرفهما في المالين جميعًا، وحصول الربح في العروض كحصوله في النقود، فيصح ويرجع كل واحد عند المفاضلة بقيمة ما له عند العقد، كما جعلنا نصاب زكاتها قيمتها.

قوله: (ولما فيها)؛ أي: في المضاربة **(ربح ما لم يضمن)** فإن المال غير مضمون على المضارب، فيقتصر على مورد الشرع وهو الدراهم والدنانير.

(ولنا: أنه)؛ أي: عقد الشركة في العروض والمكيل والموزون **(يؤدي إلى ربح ما لم يضمن)**؛ لأنه إذا كان رأس المال عرضًا؛ صار كل واحد وكيلًا عن صاحبه يتبع متاعه، على أن يكون له بعض ربحه، والوكيل بالبيع أمين، فإذا شرط جزء من الربح كان ربح ما لم يضمن، بخلاف النقود؛ فإن كل واحد وكيل عن صاحبه بالشراء بماله، وما يشتري كل واحد برأس المال لا يتعلق الثمن به،

---

(١) انظر ص ٤٩٨.

كُلُّ وَاحِد مِنهُمَا رَأسَ مَالِهِ وَتَفَاضَلَ الثَّمَنَانِ فَمَا يَستَحِقُّهُ أَحَدُهُمَا مِن الزِّيَادَةِ فِي مَالِ صَاحِبِهِ رِبحُ مَا لَم يَملِك وَمَا لَم يَضمَن، بِخِلَافِ الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ، لِأَنَّ ثَمَنَ مَا يَشتَرِيهِ فِي ذِمَّتِهِ، إذ هِيَ لَا تَتَعَيَّنُ فَكَانَ رِبحُ مَا يَضمَنُ، وَلِأَنَّ أَوَّلَ التَّصَرُّفِ فِي العُرُوضِ البَيعُ وَفِي النُّقُودِ الشِّرَاءُ، وَبَيعُ أَحَدِهِمَا مَالَهُ عَلَى أَن يَكُونَ الآخَرُ شَرِيكًا فِي ثَمَنِهِ لَا يَجُوزُ، وَشِرَاءُ أَحَدِهِمَا شَيئًا بِمَالِهِ عَلَى أَن يَكُونَ المَبِيعُ بَينَهُ وَبَينَ غَيرِهِ جَائِزٌ.

وَأَمَّا الفُلُوسُ النَّافِقَةُ: فَلِأَنَّهَا تَرُوجُ رَوَاجَ الأَثمَانِ فَالتَحَقَت بِهَا.

قَالُوا: هَذَا قَولُ مُحَمَّد، لِأَنَّهَا مُلحَقَةٌ بِالنُّقُودِ عِندَهُ حَتَّى لَا تَتَعَيَّنُ بِالتَّعيِينِ، وَلَا يَجُوزُ بَيعُ اثنَينِ بِوَاحِد بِأَعيَانِهَا عَلَى مَا عُرِفَ، أَمَّا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ

بل يثبت في ذمته لعدم تعيينه بالتعيين، فيكون الثمن واجبا عليهما، فيكون الثمن والربح بينهما ضرورة، فإذا شرط له بعض الربح كان ذلك ربح ما قد ضمن.

ولأن الشركة في العروض تؤدي إلى جهالة الربح عند القسمة، فإن الربح لا يظهر إلا بعد سلامة رأس المال، والقيمة لا تعرف إلا بالحزر والظن، إذ قد يقوم الشيء بأكثر من قيمته، وتختلف قيمة الشيء باختلاف المقومين، فيفضي إلى التنازع، ولأن قيمة عرض أحدهما قد يستوجب جميع الربح، بأن باع عرضه بأضعاف قيمة الآخر بمثل قيمته، أي: جميع المال، فيؤدي إلى ربح ما لم يضمن.

قوله: (بأعيانها): قيد بأعيانهما لتظهر ثمرة الخلاف؛ لأنه لو باع فلسين بواحد من الفلوس نسيئة لا يجوز بالاتفاق، فعندهما لوجود النسيئة في الجنس الواحد، وعند محمد لهذا ولمعنى الثمنية، أما لو كانت بأعيانها فعندهما يجوز، وعند محمد لا يجوز؛ لأن الثمنية عند محمد تثبت بالإجماع، فلا تبطل باصطلاحهما، وإذا بقي معنى الثمنية لم يتعين بالتعيين، فصلحت رأس المال بالشركة والمضاربة كالدراهم والدنانير، وعندهما الثمنية تبطل باصطلاحهما، وإذا بطلت بقيت عروضًا، فلا تصح الشركة والمضاربة بها. كذا في الإيضاح.

وفي الكافي: قاله الإسْبِيجابي في مبسوطه: الصحيح أن عقد الشركة على الفلوس يجوز على قول الكل؛ لأنها صارت ثمنا باصطلاح الناس، ولهذا لو اشترى شيئًا بفلوس [٢/ ٤٤/أ] بعينها لم تتعين تلك الفلوس للثمنية، حتى لا

رَحِمَهُمَا اللَّهُ تَعَالَى: لَا تَجُوزُ الشَّرِكَةُ وَالمُضَارَبَةُ(*) بِهَا، لِأَنَّ ثُمنِيَّتَهَا تَتَبَدَّلُ سَاعَة فَسَاعَة وَتَصِيرُ سِلعَةً. وَرُوِيَ عَن أَبِي يُوسُفَ مِثلُ قَولِ مُحَمَّد، وَالأَوَّلُ أَقيَسُ وَأَظهَرُ، وَعَن أَبِي حَنِيفَةَ صِحَّةُ المُضَارَبَةِ بِهَا.

قَالَ: (وَلَا تَجُوزُ الشَّرِكَةُ بِمَا سِوَى ذَلِكَ إِلَّا أَن يَتَعَامَلَ النَّاسُ بِالتِّبرِ) وَالنُّقرَةِ فَتَصِحُّ الشَّرِكَةُ بِهِمَا، هَكَذَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ (وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَلَا تَكُونُ المُفَاوَضَةُ بِمَثَاقِيلِ ذَهَب أَو فِضَّة) وَمُرَادُهُ التِّبرُ، فَعَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ: التِّبرُ سِلعَةٌ تَتَعَيَّنُ بِالتَّعيِينِ فَلَا تَصلُحُ رَأسَ المَالِ فِي المُضَارَبَاتِ وَالشَّرِكَاتِ. وَذَكَرَ فِي كِتَابِ الصَّرفِ: أَنَّ النُّقرَةَ لَا تَتَعَيَّنُ بِالتَّعيِينِ حَتَّى لَا يَنفَسِخُ العَقدُ بِهَا بِهَلَاكِهِ قَبلَ التَّسلِيمِ، فَعَلَى تِلكَ الرِّوَايَةِ: تَصلُحُ رَأسَ المَالِ فِيهِمَا، وَهَذَا لِمَا عُرِفَ أَنَّهُمَا خُلِقَا ثَمَنَينِ فِي الأَصلِ، إِلَّا أَنَّ الأَوَّلَ أَصَحُّ؛ لِأَنَّهَا وَإِن خُلِقَت لِلتِّجَارَةِ فِي الأَصلِ، لَكِنَّ الثَّمَنِيَّةَ تَختَصُّ بِالضَّربِ المَخصُوصِ؛ لِأَنَّ عِندَ ذَلِكَ لَا تُصرَفُ إِلَى شَيءٍ آخَرَ ظَاهِرًا، إِلَّا أَن يَجرِيَ التَّعَامُلُ بِاستِعمَالِهِمَا ثَمَنًا فَنَزَلَ التَّعَامُلُ بِمَنزِلَةِ الضَّربِ فَيَكُونُ ثَمَنًا وَيَصلُحُ رَأسَ المَالِ.

يفسد العقد بهلاكها قبل القبض.

قوله: (**والأول أقيس وأظهر**)؛ أي: كون أبي يوسف مع أبي حنيفة أقيس؛ لأنهما لما اتفقا على جواز بيع فلس بعينه بفلسين بعينهما؛ كانا متفقين أيضًا في عدم جواز الشركة بالفلوس وإن كانت نافقة؛ لأن هذه المسألة مبنية على تلك المسألة.

قوله: (**فيهما**)؛ أي: في الشركة والمضاربة.

قوله: (**إلّا أن الأول**) وهو رواية الجامع الصغير (**أصح**) وجعل في المبسوط ذلك ظاهر الرواية.

(**إلا أن يجري التعامل**) استثناء من قوله: (**أن الأول أصح لأنها**)؛ أي: مثاقيل الذهب والفضة. (**وباستعمالهما**)؛ أي: باستعمال المثاقيل.

قوله: (**ولا خلاف فيه**)؛ أي: في عدم جواز الشركة بالمكيل والموزون.

(*) الراجح: قول محمد.

ثُمَّ قَولُهُ: «وَلَا تَجُوزُ بِمَا سِوَى ذَلِكَ» يَتَنَاوَلُ المَكِيلَ وَالمَوزُونَ وَالعَدَدِيَّ المُتَقَارِبَ، وَلَا خِلَافَ فِيهِ بَينَنَا قَبلَ الخَلطِ، وَلِكُلٍّ وَاحِد مِنهُمَا رِبحُ مَتَاعِهِ وَعَلَيهِ وَضِيعَتُهُ، وَإِن خَلَطَا ثُمَّ اشتَرَكَا فَكَذَلِكَ فِي قَولِ أَبِي يُوسُفَ، وَالشَّرِكَةُ شَرِكَةُ مِلك لَا شَرِكَةَ عَقد. وَعِندَ مُحَمَّد: تَصِحُّ شَرِكَةُ العَقدِ. وَثَمَرَةُ الِاختِلَافِ تَظهَرُ عِندَ التَّسَاوِي فِي المَالَينِ وَاشتِرَاطِ التَّفَاضُلِ فِي الرِّبحِ، فَظَاهِرُ الرِّوَايَةِ مَا قَالَهُ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ، لِأَنَّهُ يَتَعَيَّنُ بِالتَّعيِينِ بَعدَ الخَلطِ كَمَا تَعَيَّنَ قَبلَهُ.

وَلِمُحَمَّد: أَنَّهَا ثَمَنٌ مِن وَجه حَتَّى جَازَ البَيعُ بِهَا دَينًا فِي الذِّمَّةِ. وَمَبِيعٌ مِن حَيثُ إِنَّهُ يَتَعَيَّنُ بِالتَّعيِينِ، فَعَمِلنَا بِالشَّبَهَينِ بِالإِضَافَةِ إِلَى الحَالَينِ، بِخِلَافِ العُرُوضِ؛ لِأَنَّهَا لَيسَت ثَمَنا بِحَالٍ، وَلَو اختَلَفَا جِنسًا كَالحِنطَةِ وَالشَّعِيرِ وَالزَّيتِ وَالسَّمنِ فَخُلِطَا لَا تَنعَقِدُ الشَّرِكَةُ بِهَا بِالِاتِّفَاقِ. وَالفَرقُ لِمُحَمَّد: أَنَّ المَخلُوطَ مِن جِنسٍ وَاحِدٍ مِن ذَوَاتِ الأَمثَالِ، ......

قوله: (**وثمرة الخلاف**) إلى آخره: فعند أبي يوسف لا يستحق زيادة الربح، بل لكل واحد من الربح بقدر ملكه. وعند محمد: الربح بينهما على ما شرطا.

وجه أبي يوسف: ما يصلح رأس مال الشركة لا يختلف الحكم فيه بالخلط وعدمه؛ لأن قبل الخلط إنما لا تجوز شركة العقد بها؛ لأنها متعينة، وأول التصرف فيها بيع، فيؤدي إلى ربح ما لم يضمن، وهذا المعنى موجود بعد الخلط، بل يزداد تقررا بالخلط؛ لأن الخلط لا يتقرر إلا في معين، والمخلوط المشترك لا يكون إلا معينا، فيقرر المعنى المفسد، فلا يكون مصححًا للعقد.

قوله: (**ولمحمد أنها**)؛ أي: المكيل والموزون والعددي المتقارب عرض من وجه حتى يتعين بالتعيين، ثمن من [وجه] حتى يصح الشراء بها دَينًا في الذمة، إذ هو من أحكام الثمن (**فعملنا بالشبهين**)؛ أي: بشبه العرض والثمن، بالإضافة إلى الحالين: بحالة الخلط وعدمه، فلشبهها بالعروض لا تجوز الشركة بها قبل الخلط وعدمه، ولشبهها بالأثمان تجوز بعد الخلط؛ وهذا لأن باعتبار الشبهين يضعف إضافة عقد الشركة إليها، فيتوقف ثبوتها على ما يقويها وهو الخلط؛ لأن الخلط سبب شركة الملك لا محالة، فتتأكد به شركة العقد لا محالة، والعكس يتضمن ربح ما لم يضمن.

قوله: (**من ذوات الأمثال**) حتى يضمن مثله من أتلفه، فيمكن تحصيل مال

وَمِن جِنسَينِ مِن ذَوَاتِ القِيَمِ، فَتَتَمَكَّنُ الجَهَالَةُ كَمَا فِي العُرُوضِ، وَإِذَا لَم تَصِحَّ الشَّرِكَةُ فَحُكمُ الخَلطِ قَد بَيَّنَّاهُ فِي كِتَابِ القَضَاءِ.

قَالَ: (وَإِذَا أَرَادَ الشَّرِكَةَ بِالعُرُوضِ بَاعَ كُلُّ وَاحِد مِنهُمَا نِصفَ مَالِهِ بِنِصفِ مَالِ الآخَرِ، ثُمَّ عَقَدَ الشَّرِكَةَ) قَالَ: (وَهَذِهِ شَرِكَةُ مِلكٍ) لِمَا بَيَّنَّا: أَنَّ العُرُوضَ لَا تَصلُحُ

كل واحد منهما وقت القسمة باعتبار، ومن جنس ذوات القيم، حتى من أتلف هذا المخلوط يلزمه قيمته، وإذا لم يكن من ذوات الأمثال كان كالعروض. كذا في المبسوط.

قوله: (في كتاب القضاء): وفي الكافي: أراد قضاء الجامع الصغير.

قوله: (وهذه شركة ملك): في الكافي: هذا مشكل؛ لأن ذلك يحصل بمجرد البيع، فلا يحتاج إلى **قوله: (ثم عقد الشركة)** إلا أن يقال: أراد بقوله: **(عقد الشركة)**؛ أي: شركة ملك، وفيه بُعدٌ.

قال شيخي العلّامة: عدم جواز الشركة بالعروض مبني على معنيين: أحدهما: ربح ما لم يضمن كما بينّا. والثاني: جهالة رأس المال، فإذا باع أحدهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر ثم عقد الشركة؛ فقال القدوري: يجوز، واختاره شيخ الإسلام، وصاحب الذخيرة، وصاحب شرح الطحاوي، والمزني من أصحاب الشافعي؛ لأن رأس المال صار معلومًا، وصار نصف مال كل منهما بالبيع مضمونًا على صاحبه بالثمن، فكان الربح الحاصل من ماليهما ربح مال مضمون عليهما فيجوز، ولهذا لو باع أحدهما عرضه بنصف دراهم صاحبه، ثم عقدا شركة عنان أو مفاوضة؛ يجوز لزوال الجهالة لصيرورة العروض مشتركة بينهما، فكذا هذا.

وقيل: على قياس قول محمد يجوز، كما في المكيل والموزون بعد الخلط، وعلى قياس أبي يوسف لا يجوز، إلا أن يكون مضافا إلى حال بيعهما العروض بالدراهم فيجوز؛ لأنه يصير عقدا مضافا إلى المستقبل، وعقد الشركة يحتمل الإضافة؛ لأنه عقد توكيل، فعلى هذا يكون العقد على الدراهم.

واختار شمس الأئمة وصاحب الهداية: لا يجوز عقد الشركة بالاتفاق، وهو أقرب إلى الفقه؛ لبقاء جهالة رأس المال والربح عند القسمة، بخلاف

رَأسَ مَالِ الشَّرِكَةِ، وَتَأوِيلُهُ: إِذَا كَانَ قِيمَةُ مَتَاعِهِمَا عَلَى السَّوَاءِ، وَلَو كَانَ بَينَهُمَا تَفَاوُتٌ يَبِيعُ صَاحِبُ الأَقَلِّ بِقَدرِ مَا تَثبُتُ بِهِ الشَّرِكَةُ.

قَالَ: (وَأَمَّا شَرِكَةُ العَنَانِ: فَتَنعَقِدُ عَلَى الوَكَالَةِ دُونَ الكَفَالَةِ، وَهِيَ: أَن يَشتَرِكَ

المكيل والموزون بعد الخلط عند محمد؛ لزوال الجهالة أصلا؛ لأنها من ذوات الأمثال، وبخلاف ما إذا باع نصف عرضه بنصف دراهم صاحبه ثم اشتركا؛ لأن الدراهم بهذا العقد صارت نصفين بينهما، فيكون ذلك رأس مالهما، ثم يثبت حكم الشركة في العروض تبعًا، وقد يدخل في العقد تبعًا ما لا يجوز عليه إيراد العقد، كبيعٍ تبعًا للأرض.

ثم المصنف اختار عدم الجواز وعدل عما ذكر القدوري أنه شركة عقد، [٢/ ٤٤/ب] ولا اعتبار لهذا العقد بعد البيع؛ لما بيَّنا أن العروض لا تصلح مال الشركة، وهو نظير ما ذكر القدوري: (ويستحب للمتوضئ أن ينوي الطهارة)، ثم عدل المصنف بقوله: (فالنية في الوضوء سنة)، وله في هذا الكتاب نظائر كبيرة.

قوله: **(يبيع صاحب الأقل)** إلى آخره: بيانه: إن كانت قيمة عرض أحدهما أربعمائة، وقيمة عرض الآخر مائة، يتبع صاحب الأقل أربعة أخماس عرضه بخمس عرض الآخر، فيصير المتاع كله أخماسًا، ويكون الربح بينهما على قدر رأس ماليهما.

قوله: **(وأما شركة العنان)** إلى آخره: العنان مشتق من عَنَّ لي كذا، أي: عرض.

قال امرؤ القيس: [البحر الطويل].

فَعَنَّ لنا سِرْبٌ كَأَنَّ نِعاجَهُ عَذَارَى دُوارٍ في مُلاءٍ مُذَيَّلِ

السرب: قطيع من الظباء والبقر والوحش، والجمع أسراب. والنعاج: جمع نعجة، وهي الأنثى من بقر الوحش. والعذارى: جمع العذراء من النساء.

والدوار ـ بفتح الدال وضمها ـ: صنم كانت العرب تنصبه وتدور حوله. والملاء: جمع الملاءة، والمذيل الطويل الذيل، وإنما ذكره حملا على اللفظ، معناه: ظهر لنا قطيع من بقر الوحش، كأن إناث ذلك القطيع نساء عذارى، يَطُفْنَ حول حجر منصوب في مِلَاءٍ، طول ذيلها، شَبَّهَ المَها في بياض ألوانها

اثنَانِ فِي نَوعِ بُرٍّ أَو طَعَام، أَو يَشتَرِكَانِ فِي عُمُومِ التِّجَارَاتِ وَلَا يَذكُرَانِ الكَفَالَةَ)، وَانعِقَادُهُ عَلَى الوَكَالَةِ لِتَحَقُّقِ مَقصُودِهِ كَمَا بَيَّنَّاهُ، وَلَا تَنعَقِدُ عَلَى الكَفَالَةِ؛ لِأَنَّ اللَّفظَ مُشتَقٌّ مِن الأَعرَاضِ، يُقَالُ: «عَنَّ لَهُ»: أَي عَرَضَ، وَهَذَا لَا يُنبِئُ عَنِ الكَفَالَةِ، وَحُكمُ التَّصَرُّفِ لَا يَثبُتُ بِخِلَافِ مُقتَضَى اللَّفظِ.

(وَيَصِحُّ التَّفَاضُلُ فِي المَالِ) لِلحَاجَةِ إِلَيهِ، وَلَيسَ مِن قَضِيَّةِ اللَّفظِ المُسَاوَاةُ.

(وَيَصِحُّ أَن يَتَسَاوَيَا فِي المَالِ وَيَتَفَاضَلَا فِي الرِّبحِ) وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ: لَا

بالعذارى؛ لأنه لا يغير ألوانهن حر الشمس وغيره، وطول أذنابها وشيوع شعرها بالملاء المذيل، وشبه حسن مثلها بحسن تبختر العذارى في مشيتها.

قال ابن السكيت: كأنه عنّ لهما شيء فاشتركا فيه.

قال بعض أهل اللغة: هذا شيء أحدثه أهل الكوفة ولم تتكلم به العرب، وليس كذلك لما ذكرنا من شعر امرئ القيس.

وقيل: هو مأخوذ من عِنان الفرس، كما ذهب إليه الكسائي والأصمعي؛ إذ كل منهما جعل عِنان التصرف في بعض ماله إلى صاحبه. أو لأنه يجوز أن يتفاوتا في المال والربح كما يتفاوت العِنان في يد الراكب حالة المَدِّ والإرخاء. كذا في المبسوط، والإيضاح، والمغرب[(١)].

قوله: (وهذا)؛ أي: معنى العنان **(لا ينبئ عن الكفالة)**.

قوله: (ويتفاضلا في الربح): وكذا عكسه، وبه قال أحمد. وقال زفر والشافعي ومالك: لا يجوز.

وفي فتاوى قاضي خان: لو شرطا المساواة في الربح، أو اشترطا لأحدهما فضل ربح، إن شرطا العمل عليهما كان الربح بينهما على ما شرطا، عَمِلا جميعًا أو عمل أحدهما، وإن شرطا العمل على من شرط له فضل ربح جاز أيضًا، وإن شرطا العمل على أقلهما ربحًا لا يجوز[(٢)].

وفي الذخيرة: والحاصل أن في هذه الشركة [حقوق العقد ترجع إلى العاقد

---

(١) المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي (ص ٣٣٠).

(٢) فتاوى قاضي خان (٣/ ٣٨٧).

تَجُوزُ، لِأَنَّ التَّفَاضُلَ فِيهِ يُؤَدِّي إِلَى رِبحِ مَا لَم يُضمَن، فَإِنَّ المَالَ إِذَا كَانَ نِصفَينِ وَالرِّبحَ أَثلَاثًا، فَصَاحِبُ الزِّيَادَةِ يَستَحِقُّهَا بِلَا ضَمَانٍ، إذ الضَّمَانُ بِقَدرِ رَأسِ المَالِ، وَلِأَنَّ الشَّرِكَةَ عِندَهُمَا فِي الرِّبحِ لِلشَّرِكَةِ فِي الأَصلِ، وَلِهَذَا يَشتَرِطَانِ الخَلطَ، فَصَارَ رِبحُ المَالِ بِمَنزِلَةِ نَمَاءِ الأَعيَانِ فَيُستَحَقُّ بِقَدرِ المِلكِ فِي الأَصلِ. وَلَنَا قَولُهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «الرِّبحُ عَلَى مَا شَرَطَا، وَالوَضِيعَةُ عَلَى قَدرِ المَالَينِ» وَلَم يُفَصِّلْ، وَلِأَنَّ الرِّبحَ كَمَا يُستَحَقُّ بِالمَالِ يُستَحَقُّ بِالعَمَلِ كَمَا فِي المُضَارَبَةِ؛ وَقَد يَكُونُ أَحَدُهُمَا أَحذَقَ وَأَهدَى وَأَكثَرَ عَمَلًا وَأَقوَى، فَلَا يَرضَى بِالمُسَاوَاةِ، فَمَسَّت الحَاجَةُ إِلَى التَّفَاضُلِ، بِخِلَافِ اشتِرَاطِ جَمِيعِ الرِّبحِ لِأَحَدِهِمَا، لِأَنَّهُ يَخرُجُ العَقدُ بِهِ مِن

لا غير إذا شرطا في هذه الشركة][١] العمل عليهما، وشرطا التفاوت في الربح مع التساوي جاز عند علمائنا الثلاثة.

قوله: (إذ الضمان بقدر رأس المال): ولهذا يصح شرط الوضيعة على هذا الوجه، فكان الربح على قدر رأس المال كالخسران.

قوله: (كما في المضاربة):

فإن قيل: في المضاربة لو شرط عمل رب المال يفسد العقد، وهاهنا لا يفسد، فكيف يجوز إلحاقه بالمضاربة؟

قلنا: المضاربة أمانة، وتمام الأمانة يقف على التخلية، فإذا شرط عمل رب المال لم توجد التخلية، أما هاهنا فكل واحد كالأجير في مال الآخر، فشرط عمل رب المال لا يبطل العقد، فإن من استأجر أجيرا لنفسه على العمل كان جائزا. كذا في الإيضاح.

قوله: (يخرج العقد به)؛ أي: باشتراط جميع الربح لأحدهما من الشركة؛ لأن الشركة هو أن يكون الربح مشتركا، ثم لو شرط جميع الربح لأحدهما، لا يخلو إما إن شرط للعامل فاسمه القرض، أو شرط لرب المال فاسمه البضاعة، والضمير في (باشتراطه) في الموضعين للربح.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

الشَّرِكَةِ وَمِن المُضَارَبَةِ أَيضًا إِلَى قَرضٍ بِاشتِرَاطِهِ لِلعَامِلِ أَو إِلَى بِضَاعَةٍ بِاشتِرَاطِهِ لِرَبِّ المَالِ، وَهَذَا العَقدُ يُشبِهُ المُضَارَبَةَ مِن حَيثُ إِنَّهُ يَعمَلُ فِي مَالِ الشَّرِيكِ، وَيُشبِهُ الشَّرِكَةَ اسمًا وَعَمَلًا فَإِنَّهُمَا يَعمَلَانِ فَعَمِلنَا بِشَبَهِ المُضَارَبَةِ.

وَقُلنَا: يَصِحُّ اشتِرَاطُ الرِّبحِ مِن غَيرِ ضَمَانٍ وَيُشبِهُ الشَّرِكَةَ حَتَّى لَا تَبطُلُ بِاشتِرَاطِ العَمَلِ عَلَيهَا.

قَالَ: (وَيَجُوزُ أَن يَعقِدَهَا كُلُّ وَاحِد مِنهُمَا بِبَعضِ مَالِهِ دُونَ البَعضِ) لِأَنَّ المُسَاوَاةَ فِي المَالِ لَيسَت بِشَرط فِيهِ، إِذ اللَّفظُ لَا يَقتَضِيهِ (وَلَا يَصِحُّ إِلَّا بِمَا بَيَّنَّا) أَنَّ المُفَاوَضَةَ تَصِحُّ بِهِ لِلوَجهِ الَّذِي ذَكَرنَاهُ (وَيَجُوزُ أَن يَشتَرِكَا وَمِن جِهَةِ أَحَدِهِمَا دَنَانِيرُ وَمِن الآخَرِ دَرَاهِمُ، وَكَذَا مِن أَحَدِهِمَا دَرَاهِمُ بِيضٌ وَمِن الآخَرِ سُودٌ) وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ: لَا يَجُوزُ، وَهَذَا بِنَاءً عَلَى اشتِرَاطِ الخَلطِ وَعَدَمِهِ، فَإِنَّ عِندَهُمَا شَرطٌ، وَلَا يَتَحَقَّقُ ذَلِكَ فِي مُختَلِفِي الجِنسِ، وَسَنُبَيِّنُهُ مِن بَعدُ إِن شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى. قَالَ: (وَمَا اشتَرَاهُ كُلُّ وَاحِد مِنهُمَا لِلشَّرِكَةِ طُولِبَ بِثَمَنِهِ دُونَ الآخَرِ) لِمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ يَتَضَمَّنُ الوَكَالَةَ دُونَ الكَفَالَةِ، وَالوَكِيلُ هُوَ الأَصلُ فِي الحُقُوقِ.

قَالَ: (ثُمَّ يَرجِعُ عَلَى شَرِيكِهِ بِحِصَّتِهِ مِنهُ) مَعنَاهُ: إِذَا أَدَّى مِن مَالِ نَفسِهِ؛ لِأَنَّهُ وَكِيلٌ مِن جِهَتِهِ فِي حِصَّتِهِ، فَإِذَا نَقَدَ مِن مَالِ نَفسِهِ رَجَعَ عَلَيهِ، فَإِن كَانَ لَا يَعرِفُ ذَلِكَ إِلَّا بِقَولِهِ فَعَلَيهِ الحُجَّةُ؛ لِأَنَّهُ يَدَّعِي وُجُوبَ المَالِ فِي ذِمَّةِ الآخَرِ وَهُوَ يُنكِرُ، وَالقَولُ لِلمُنكِرِ مَعَ يَمِينِهِ قَالَ: (وَإِذَا هَلَكَ مَالُ الشَّرِكَةِ ....

قوله: (وهذا العقد)؛ أي: عقد شركة العنان.

قوله: (ويشبه الشركة)؛ أي: شركة المفاوضة، فقلنا: يصح ليشترط الربح من غير ضمان، هذا جواب عن قول الخصم: وهو أن اشتراط زيادة الربح يؤدي إلى ربح ما لم يضمن، وقلنا: اشتراط الربح موجود في المضاربة، وذلك بالإجماع جائز، وقلنا: يشبه المفاوضة لا يبطل باشتراط العمل عليهما.

قوله: (إذ اللفظ لا يقتضيه)؛ أي: لفظ العنان لا يقتضي التساوي، بخلاف لفظ المساواة على ما ذكرناه.

قوله: (ومن الآخر سود)؛ أي: دراهم سود، وهي من النقرة أيضًا.

قوله: (وإذا هلك مال الشركة) إلى آخره: في الذخيرة: اشتركا شركة

أَو أَحَدُ المَالَينِ قَبلَ أَن يَشتَرِيَا شَيئا بَطَلَت الشَّرِكَةُ) لِأَنَّ المَعقُودَ عَلَيهِ فِي عَقدِ الشَّرِكَةِ المَالُ، فَإِنَّهُ يَتَعَيَّنُ فِيهِ كَمَا فِي الهِبَةِ وَالوَصِيَّةِ، وَبِهَلَاكِ المَعقُودِ عَلَيهِ يَبطُلُ العَقدُ كَمَا فِي البَيعِ، بِخِلَافِ المُضَارَبَةِ وَالوَكَالَةِ المُفرَدَةِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَعَيَّنُ الثَّمَنَانِ فِيهِمَا بِالتَّعيِينِ، وَإِنَّمَا يَتَعَيَّنَانِ بِالقَبضِ عَلَى مَا عُرِفَ، وَهَذَا ظَاهِرٌ فِيمَا إِذَا هَلَكَ المَالَانِ، وَكَذَا إِذَا هَلَكَ أَحَدُهُمَا؛ لِأَنَّهُ مَا رَضِيَ بِشَرِكَةِ صَاحِبِهِ فِي مَالِهِ إِلَّا لِيُشرِكَهُ فِي مَالِهِ، فَإِذَا فَاتَ ذَلِكَ لَم يَكُن رَاضِيًا بِشَرِكَتِهِ فَيَبطُلُ العَقدُ لِعَدَمِ فَائِدَتِهِ، وَأَيُّهُمَا هَلَكَ هَلَكَ مِن مَالِ صَاحِبِهِ؛ إِن هَلَكَ فِي يَدِهِ فَظَاهِرٌ، وَكَذَا إِذَا كَانَ هَلَكَ فِي يَدِ الآخَرِ، لِأَنَّهُ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ، بِخِلَافِ مَا بَعدَ الخَلطِ، حَيثُ يَهلِكُ عَلَى الشَّرِكَةِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَمَيَّزُ فَيُجعَلُ الهَالِكُ مِن المَالَينِ.

(وَإِن اشتَرَى أَحَدُهُمَا بِمَالِهِ وَهَلَكَ مَالُ الآخَرِ قَبلَ الشِّرَاءِ، فَالمُشتَرَى بَينَهُمَا عَلَى مَا شَرَطَا) لِأَنَّ المِلكَ حِينَ وَقَعَ وَقَعَ مُشتَرَكًا بَينَهُمَا لِقِيَام الشَّرِكَةِ وَقتَ الشِّرَاءِ، فَلَا يَتَغَيَّرُ الحُكمُ بِهَلَاكِ مَالِ الآخَرِ بَعدَ ذَلِكَ، ثُمَّ الشَّرِكَةُ شَرِكَةُ عَقدٍ عِندَ مُحَمَّد

عنان، ثم هلك أحد المالين قبل الشراء، وقبل الخلط هلك[1] من صاحبه، سواء هلك في يده أو في يد صاحبه أو في أيديهما؛ لأن رأس مال كل واحد منهما قبل الشراء وقبل الخلط باق على ملكه، وتبطل الشركة، بخلاف المضاربة والوكالة المفردة؛ حيث لا يبطل عقد المضاربة وعقد الوكالة بهلاك الدراهم على ما يجيء.[٢/ ٤٥/ أ]

واحترز **بقوله: (والوكالة المفردة)** عن الوكالة الثابتة في ضمن الشركة وفي ضمن عقد الرهن، فإن الوكالة فيهما تبطل ببطلان ما تضمنها؛ لأن المتضمن يبطل ببطلان المتضمن تبعًا.

قوله: (لأنه)؛ أي: الشريك الذي لم يهلك ماله، إلا على تقدير بقاء ماله ليشركه فيه.

قوله: (فالمشترى بينهما) وإن لم يصرحا بالوكالة في العقد؛ لأنه حين وقع، وقع مشتركًا بينهما. كذا في الإيضاح.

---

(١) في الأصل: (هل)، والمثبت من النسخة الثانية.

خِلَافًا لِلحَسَنِ بنِ زِيَادٍ(*)، حَتَّى إنَّ أَيَّهُمَا بَاعَ جَازَ بَيعُهُ؛ لِأَنَّ الشَّرِكَةَ قَد تَمَّت فِي المُشتَرَى فَلَا يُنتَقَضُ بِهَلَاكِ المَالِ بَعدَ تَمَامِهَا. قَالَ: (وَيَرجِعُ عَلَى شَرِيكِهِ بِحِصَّةٍ مِن ثَمَنِهِ) لِأَنَّهُ اشتَرَى نِصفَهُ بِوَكَالَتِهِ وَنَقَدَ الثَّمَنَ مِن مَالِ نَفسِهِ وَقَد بَيَّنَّاهُ، هَذَا إِذَا اشتَرَى أَحَدُهُمَا بِأَحَدِ المَالَينِ أَوَّلًا ثُمَّ هَلَكَ مَالُ الآخَرِ. أَمَّا إِذَا هَلَكَ مَالُ أَحَدِهِمَا ثُمَّ اشتَرَى الآخَرُ بِمَالِ الآخَرِ، إن صَرَّحَا بِالوَكَالَةِ فِي عَقدِ الشَّرِكَةِ، فَالمُشتَرَى مُشتَرَكٌ بَينَهُمَا عَلَى مَا شَرَطَا؛ لِأَنَّ الشَّرِكَةَ إن بَطَلَت فَالوَكَالَةُ المُصَرَّحُ بِهَا قَائِمَةٌ، فَكَانَ مُشتَرَكًا بِحُكمِ الوَكَالَةِ، وَيَكُونُ شَرِكَةَ مِلك وَيَرجِعُ عَلَى شَرِيكِهِ بِحِصَّتِهِ مِن الثَّمَنِ ....

قوله: (خلافًا للحسن) فإن عنده شركة ملك، حتى لا ينفذ[(١)] بيع أحدهما إلا في نصيبه؛ لأن شركة العقد قد بطلت بهلاك الدنانير، كما لو هلكت قبل الشراء بالدراهم، وإنما بقي ما هو على حكم الشراء وهو الملك، فكانت شركتهما شركة ملك.

قال محمد: هلاكُ الدنانير بعد حصول ما هو المقصود بالدراهم وهو الشراء بها، فلا يكون مبطلًا شركة العقد بينهما، كما لو كان الهلاك بعد الشراء بالمالين. كذا في المبسوط[(٢)]، ووضع المسألة في أن الدنانير من جانب، والدراهم من جانب.

قوله: (وقد بيناه)؛ وهو قوله: **(معناه: إذا أدى من مال نفسه).**

قوله: (إن صرحا بالوكالة) إلى آخره: في المبسوط: ذكر في بعض المواضع: فاشترى بالمال الباقي بعد ذلك يكون المشترى بينهما نصفين، وإنما اختلاف الجواب لاختلاف الموضوع، فحيث قال: يكون الثاني مشتريا لنفسه خاصة، وضع المسألة فيما إذا أطلقا الشركة، فيكون المشترى بمال أحدهما بينهما على الإطلاق من قضية عقد الشركة، وقد بطلت بهلاك مال أحدهما، فيكون الآخر مشتريًا لنفسه، وحيث قال المشتري بمال آخر بينهما، وضع المسألة فيما إذا صرحا عند عقد الشركة على أن ما اشتراه كل واحد بماله هذا

(*) الراجح: قول محمد.

(١) في الأصل: (ينعقد)، والمثبت من النسخة الثانية.

(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (١١/ ١٦٤).

لِمَا بَيَّنَّاهُ، وَإِن ذَكَرَا مُجَرَّدَ الشَّرِكَةِ وَلَم يَنُصَّا عَلَى الوَكَالَةِ فِيهَا، كَانَ المُشتَرَى لِلَّذِي اشتَرَاهُ خَاصَّة؛ لِأَنَّ الوُقُوعَ عَلَى الشَّرِكَةِ حُكمُ الوَكَالَةِ الَّتِي تَضَمَّنَتهَا الشَّرِكَةُ، فَإِذَا بَطَلَت يَبطُلُ مَا فِي ضِمنِهَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا صَرَّحَ بِالوَكَالَةِ لِأَنَّهَا مَقصُودَةٌ.

قَالَ: (وَتَجُوزُ الشَّرِكَةُ وَإِن لَم يَخلِطَا المَالَ) وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ: لَا تَجُوزُ لِأَنَّ الرِّبحَ فَرعُ المَالِ، وَلَا يَقَعُ الفَرعُ عَلَى الشَّرِكَةِ إِلَّا بَعدَ الشَّرِكَةِ فِي الأَصلِ وَأَنَّهُ بِالخَلطِ، وَهَذَا لِأَنَّ المَحَلَّ هُوَ المَالُ، وَلِهَذَا يُضَافُ إِلَيهِ، وَيُشتَرَطُ تَعيِينُ رَأسِ المَالِ، بِخِلَافِ المُضَارَبَةِ؛ لِأَنَّهَا لَيسَت بِشَرِكَة، وَإِنَّمَا هُوَ يَعمَلُ لِرَبِّ المَالِ فَيَستَحِقُّ الرِّبحَ عِمَالَةً عَلَى عَمَلِهِ، أَمَّا هُنَا بِخِلَافِهِ، ....

يكون مشتركا بينهما، وعند هذا التصريح الشركة في المشترى من قضية الوكالة، والشركة وإن بطلت فالوكالة المصرحة باقية، فيكون بينهما نصفين[1].

قوله: (لما بيّناه) إشارة إلى **قوله**: (لأنه وكيل من جهته).

قوله: (وتجوز الشركة وإن لم يخلطا المال) وبه قال أحمد ومالك، إلا أن مالكا شرط أن تكون أيديهما عليه، بأن يجعلا في حانوت لهما أو في يد وكيل لهما.

قوله: (وأنه)؛ أي: الشركة، أي: في الأصل على تأويل الاشتراك **(بالخلط)** لأن الشركة عبارة عن الاختلاط، وذا إنما يتحقق في الملك، والمعتبر في كل عقد ما هو قضية اسم ذلك العقد كالحوالة والكفالة والصرف.

(لأن المحل)؛ أي: محل الشركة والخلط **(هو المال، ولهذا يضاف)**؛ أي: العقد **(إليه)**؛ أي: إلى المال، يقال: عقد شركة المال، ويشترط تعيين رأس المال، وما اعتبر التعيين إلا لتكون الشركة في الثمرة مستندا إلى المال. كذا في الإيضاح.

(بخلاف المضاربة) حيث تصح بدون الخلط.

قوله: (أما هاهنا بخلافه)؛ أي: عقد شركة العنان بخلاف عقد المضاربة، حيث تصح بدون الخلط، أي: لا يصح أن يجعل بعض الربح جعالة كما في

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١١/ ١٦٤).

وَهَذَا أَصلٌ كَبِيرٌ لَهُمَا حَتَّى يُعتَبَرُ اتِّحَادُ الجِنسِ.

وَيُشتَرَطُ الخَلطُ وَلَا يَجُوزُ التَّفَاضُلُ فِي الرِّبحِ مَعَ التَّسَاوِي فِي المَالِ.

وَلَا تَجُوزُ شَرِكَةُ التَّقَبُّلِ وَالأَعمَالِ لِانعِدَامِ المَالِ. وَلَنَا: أَنَّ الشَّرِكَةَ فِي الرِّبحِ مُستَنِدَةٌ إِلَى العَقدِ دُونَ المَالِ؛ لِأَنَّ العَقدَ يُسَمَّى شَرِكَةً فَلَا بُدَّ مِن تَحَقُّقِ مَعنَى هَذَا الِاسمِ فِيهِ فَلَم يَكُن الخَلطُ شَرطًا، وَلِأَنَّ الدَّرَاهِمَ وَالدَّنَانِيرَ لَا يَتَعَيَّنَانِ فَلَا يُستَفَادُ الرِّبحُ بِرَأسِ المَالِ، وَإِنَّمَا يُستَفَادُ بِالتَّصَرُّفِ، لِأَنَّهُ فِي النِّصفِ أَصِيلٌ، وَفِي النِّصفِ وَكِيلٌ. وَإِذَا تَحَقَّقَت الشَّرِكَةُ فِي التَّصَرُّفِ بِدُونِ الخَلطِ، تَحَقَّقَت ....

المضاربة؛ لأن الجواز ثمة لدفع ضرورة أن رب المال لا يهتدي إلى العمل، والعامل يهتدي إليه، وهنا رب المال يعمل لنفسه والعامل واجد للمال، فزالت الضرورة.

قوله: (**وهذا**)؛ أي: كون الربح فرع المال حتى يعتبر اتحاد الجنس، حتى لو كان رأس المال لأحدهما دراهم والآخر دنانير لا تنعقد الشركة عندهما.

قوله: (**مستندةٌ إلى العقد**)؛ لأن موجب العقد الوكالة، فكان كل واحد منهما موكلا للآخر في نصيبه، فيتصرف كل واحد منهما في مال الشركة في بعضه بطريق الأصالة، وفي بعضه بطريق الوكالة، وبتصرف كل واحد يحصل الربح المشترك بهذه الطريقة، وهذه الوكالة إنما تثبت في ضمن عقد الشركة، فلذلك يضاف الربح الحاصل إلى العقد؛ لأن الحكم كما يضاف إلى العلة يضاف إلى علة العلة، وهذا كذلك؛ لأن الربح حصل بتصرفهما على وجه الوكالة في نصيب الآخر، فكان الربح موجب عقد الشركة، فلذا أضيفت الشركة في الربح إلى العقد لا المال، إلا أن المال محل العقد والمحال شروط، فكان الربح مضافا إلى الركن وهو العقد لا إلى الشرط؛ لأنه تبع.

فإن قيل: فعلى هذا التقرير ينبغي أن لا تبطل الشركة بهلاك المال قبل الشراء، إلا أن المال موجود قبل العقد قبل اتصال المقصود بالعقد بهلاك المحل، كالمبيع إذا هلك قبل قبض المبيع في يد البائع، إلا أن المقصود من البيع ثبوت الملك للمشتري، وقد بطل بهلاك المبيع، فكذا هاهنا؛ فإن المقصود من عقد الشركة الاستنماء والاسترباح برأس المال، فإذا هلك رأس المال قبل

فِي الْمُسْتَفَادِ بِهِ، وَهُوَ الرِّبحُ بِدُونِهِ، وَصَارَ كَالْمُضَارَبَةِ فَلَا يُشْتَرَطُ اتِّحَادُ الجِنسِ وَالتَّسَاوِي فِي الرِّبحِ، وَتَصِحُّ شَرِكَةُ التَّقَبُّلِ.

قَالَ: (وَلَا تَجُوزُ الشَّرِكَةُ إِذَا شُرِطَ لِأَحَدِهِمَا دَرَاهِمُ مُسَمَّاة مِن الرِّبحِ) لِأَنَّهُ شَرطٌ يُوجِبُ انقِطَاعَ الشَّرِكَةِ، فَعَسَاهُ لَا يُخرِجُ إِلَّا قَدرَ الْمُسَمَّى لِأَحَدِهِمَا، وَنَظِيرُهُ فِي الْمُزَارَعَةِ.

قَالَ: (وَلِكُلِّ وَاحِد مِن الْمُتَفَاوِضَينِ وَشَرِيكَي العَنَانِ أَن يُبضِعَ المَالَ) لِأَنَّهُ مُعتَادٌ فِي عَقدِ الشَّرِكَةِ، وَلِأَنَّ لَهُ أَن يَستَأجِرَ عَلَى العَمَلِ، وَالتَّحصِيلُ بِغَيرِ عِوَضٍ دُونَهُ فَيَملِكُهُ، وَكَذَا لَهُ أَن يُودِعَهُ، لِأَنَّهُ مُعتَادٌ وَلَا يَجِدُ التَّاجِرُ مِنهُ بُدًّا. قَالَ: (وَيَدفَعُهُ مُضَارَبَةً)؛ لِأَنَّهَا دُونَ الشَّرِكَةِ ....

هذا [٢/ ٤٥/ ب] المقصود بطل العقد، والجامع بينهما عدم إفادة الركن فائدته.

قوله: (**في المستفاد به**)؛ أي: بالتصرف (**بدونه**)؛ أي: بدون الخلط، كالمضاربة، فإن الشركة في الربح فيه يحصل قبل الخلط؛ لما كان الأصل هو العقد لا المال لَمْ يشترط اتحاد الجنس، ولا التساوي في رأس المال ولا في الربح، وصح شركة التقبل؛ إذ المال ليس بأصل، بل العقد أصل.

قوله: (**دراهم مسماة**)؛ أي: معينة. قال ابن المنذر: لا خلاف فيه لأحد.

قوله: (**ونظيره**)؛ أي: نظير اشتراط دراهم مسماة (**في المزارعة**)؛ فإنه لو سمي لأحدهما قفزان مسماة لا تجوز المزارعة؛ لأن الأرض ربما لا تخرج إلا هذا القدر.

قوله: (**والتحصيل**) بالرفع لأنه مبتدأ، **وقوله**: (**دونه**) خبره، والضمير في (**دونه**) للاستئجار، أي: الإبضاع أدنى من الاستئجار، وأقل حالا منه لعدم المؤنة في الإبضاع، أي: وتحصيل العمل الذي يحصل منه الربح بغير عوض وهو الإبضاع أدنى حالًا من استئجار الأجير على العمل، فإنه أعلى من الإبضاع لوجوب الأجرة على المستأجر، فلما ملك الأعلى كان أولى أن يملك الأدنى. إليه أشار في المبسوط.

قوله: (**لأنها**)؛ أي: المضاربة (**دون شركة العنان**) لأن المضاربة [توكيل

فَتَتَضَمَّنَهَا. وَعَن أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهُ لَيسَ لَهُ ذَلِكَ لِأَنَّهُ نَوعُ شَرِكَةٍ، وَالأَصَحُّ هُوَ الأَوَّلُ، وَهُوَ رِوَايَةُ الأَصلِ؛ لِأَنَّ الشَّرِكَةَ غَيرُ مَقصُودَة، وَإِنَّمَا المَقصُودُ تَحصِيلُ الرِّبحِ، كَمَا إِذَا استَأجَرَهُ بِأَجرٍ بَل أَولَى؛ لِأَنَّهُ تَحصِيلٌ بِدُونِ ضَمَانٍ فِي ذِمَّتِهِ، بِخِلَافِ الشَّرِكَةِ حَيثُ لَا يَملِكُهَا، لِأَنَّ الشَّيءَ لَا يَستَتبِعُ مِثلَهُ. قَالَ: (وَيُوَكِّلُ مَن يَتَصَرَّفُ فِيهِ) لِأَنَّ

وأمانة من جانب واحد، وفي شركة العنان من الجانبين.

(**فتتضمنها**)؛ أي: يتضمن شركة العنان المضاربة][1].

قوله: (**لأنه**)؛ أي: عقد المضاربة؛ لأنه إيجاب الشركة في الربح للمضارب، فيكون بمنزلة عقد الشركة، وليس لأحد الشريكين أن يشارك مع غيره بمال الشركة، فكذا لا يدفعه مضاربة.

قوله: (**لأن الشركة غير مقصودة**)؛ أي: في المضاربة.

(**لأنه**)؛ أي: عقد المضاربة (**تحصيل بدون ضمان في ذمته**)؛ أي: عقد المضاربة يحصل الربح بدون ضمان في ذمة رب المال، فكان أولى أن يجوز. إليه أشار في المبسوط.

وعند الشافعي: لا يجوز للشريك التصرف في نصيب صاحبه بغير إذنه، وفي قول: إلا بتصريح في العقد، وفي الأظهر: يجوز كقولنا.

قوله: (**لأن الشيء لا يستتبع مثله**)؛ إذ يلزم المحال منه، وهو أن يكون مثل الشيء دونه.

فإن قيل: يشكل بالمكاتب والعبد المأذون أن يأذن عبده. ذكره في شرح الطحاوي، وباقتداء المفترض بالمفترض، والمتنفل بالمتنفل، مع أن كل واحد منهما مثل الآخر، والإمام يستتبع قومه في حق جواز الصلاة وفسادها، ولأن المثل يرفع المثل، كالنص الناسخ يرفع النص المنسوخ، وهما مثلان فأولى أن يستتبعه.

قلنا: أما المكاتب والمأذون فإنهما أطلقا في اكتساب المال بأي وجه كان من غير ضرر، والضرر فيما إذا كان التابع فوق المتبوع؛ ألا ترى أن للمكاتب أن يبيع عبده، وقد تكون كتابة عبده أنفع له من البيع؛ لأنه لا يزول ملكه في

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

التَّوكِيلَ بِالبَيعِ وَالشِّرَاءِ مِن تَوَابِعِ التِّجَارَةِ، وَالشَّرِكَةُ انعَقَدَت لِلتِّجَارَةِ، بِخِلَافِ الوَكِيلِ بِالشِّرَاءِ، حَيثُ لَا يَملِكُ أَن يُوَكِّلَ غَيرَهُ، لِأَنَّهُ عَقدٌ خَاصٌّ طُلِبَ مِنهُ تَحصِيلَ العَينِ فَلَا يَستَتبِعُ مِثلَهُ، قَالَ: (وَيَدُهُ فِي المَالِ يَدُ أَمَانَة) لِأَنَّهُ قَبَضَ المَالَ بِإِذنِ المَالِكِ، لَا عَلَى وَجهِ البَدَلِ ....

الكتابة إلا بعد وصول البدل، وفي المبيع يزول قبله، ولهذا يملكه الأب والوصي، فعلم أنه ثبت ذلك لهما من إطلاق الاكتساب وفتح باب التجارة.

أما لو قلنا: فيما نحن فيه بالاستتباع يلزم استتباع المثل مقصودًا فلا يجوز، كالوكيل لا يوكل غيره بمطلق التوكيل؛ لأن الثاني مثل الأول، فلا ينتظمه مقصودا، ولكن ينتظمه ضمنا كالوكالة الثابتة في ضمن الشركة، فإن لكل شريك أن يوكل آخر.

وأما اقتداء المفترض بمثله فَجُوِّزَ بالإجماع؛ بقوله ﷺ: «**الإمامُ ضامنٌ**»، ولأن صلاة المقتدي مبنية على صلاة الإمام جوازًا وفسادًا بالحديث، لا أن تكون صلاة الإمام مستتبعة لصلاة المقتدي، وأما جواز الناسخ فهو رافع صورة مبين معنى كما ذكر في الأصول، فلم يكن رافعا في الحقيقة، فلا يرد نقضًا.

(**قال: ويوكل من يتصرف فيه**)؛ أي: في مال الشركة، إلى آخره، والفرق بين الوكالتين: إحداهما: ما ثبت في ضمن الشركة، والثانية: ما ثبت قصدًا، حيث يجوز أن يوكل غيره في الضمنية ولا يجوز في القصدية، أن الوكالة الضمنية كالوكالة العامة، كما لو قال له: اعمل برأيك؛ لأن عقد الشركة لتحصيل الربح، ولا يحصل الربح إلا بالتجارة الحاضرة والغائبة، فيصير كل منهما كالإذن لصاحبه بذلك تحصيلًا لمقصود الربح واستحسانًا، والقياس: ألّا يجوز كما في الوكالة المقصودة؛ لعدم استتباع الشيء مثله. إليه أشير في المبسوط.

قوله: (**لا على وجه البدل**) احترز به عن المقبوض على سوم الشراء، فإنه مقبوض على وجه البدل وهو الثمن، فيكون مضمونًا.

وَالوَثِيقَةِ فَصَارَ كَالوَدِيعَةِ.

قَالَ: (وَأَمَّا شَرِكَةُ الصَّنَائِعِ) وَتُسَمَّى شَرِكَةَ التَّقَبُّلِ (كَالخَيَّاطِينَ وَالصَّبَّاغِينَ يَشتَرِكَانِ عَلَى أَن يَتَقَبَّلَا الأَعمَالَ وَيَكُونَ الكَسبُ بَينَهُمَا فَيَجُوزُ ذَلِكَ) وَهَذَا عِندَنَا. وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ: لَا تَجُوزُ، لِأَنَّ هَذِهِ شَرِكَةٌ لَا تُفِيدُ مَقصُودَهَا وَهُوَ التَّثمِيرُ؛ لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِن رَأسِ المَالِ، وَهَذَا لِأَنَّ الشَّرِكَةَ فِي الرِّبحِ تُبتَنَى عَلَى الشَّرِكَةِ فِي المَالِ عَلَى أَصلِهِمَا عَلَى مَا قَرَّرنَاهُ. وَلَنَا: أَنَّ المَقصُودَ مِنهُ التَّحصِيلُ وَهُوَ مُمكِنٌ بِالتَّوكِيلِ، لِأَنَّهُ لَمَّا كَانَ وَكِيلًا فِي النِّصفِ أَصِيلًا فِي النِّصفِ، تَحَقَّقَت الشَّرِكَةُ فِي المَالِ المُستَفَادِ، وَلَا يُشتَرَطُ فِيهِ اتِّحَادُ العَمَلِ وَالمَكَانِ خِلَافًا لِمَالِكٍ وَزُفَرَ فِيهِمَا؛ لِأَنَّ المَعنَى المُجَوِّزَ

قوله: (والوثيقة) احتراز عن الرهن.

قوله: (لا يفيد مقصودهما)؛ أي: مقصود الشريكين. وفي بعض النسخ: (مقصودها)؛ أي: مقصود الشركة، أضاف المقصود إلى الشركة لأنه سببه.

قوله: (المقصود منه)؛ أي: من المُقيّد **(تحصيل الربح)** [٢/٤٦/أ] **(وهو)**؛ أي: تحصيل الربح **(ممكن بالوكالة)**؛ يعني: تحصيل الربح غير منحصر بالمال، بل يكون بعمل التوكيل بدون المال، وقد يكون بالمال أو بالتوكيل، وقبول العمل يستحق الربح كما في المضاربة.

قوله: (خلافا لمالك وزفر فيهما)؛ أي: في اتحاد العمل والمكان، حيث يقولان: إن اتفقت الأعمال كالقصارين والصباغين يجوز، وإن اختلفت كقصار وصباغ لا يجوز، وبه قال بعض أصحاب أحمد، وبعض أصحابه كقولنا، وكذا في دكان يجوز، وفي الدكاكين لا يجوز عندهما؛ لأن كل واحد منهما عاجز عما يتقبله الآخر، فلا يتحقق المقصود من الشركة عند اختلاف الأعمال.

وفي المبسوط: لزفر روايتان في جواز شركة التقبل، في رواية مع الشافعي[١].

وقوله: (لأن المعنى المجوز) إلى آخره: يتعلق بقوله: **(لا يشترط فيه)**؛ أي: عند التقبل.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١١/ ١٥٢).

لِلشَّرِكَةِ وَهُوَ مَا ذَكَرنَاهُ لَا يَتَفَاوَتُ (وَلَو شَرَطَا العَمَلَ نِصفَينِ وَالمَالَ أَثلَاثًا جَازَ) وَفِي القِيَاسِ: لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّ الضَّمَانَ بِقَدرِ العَمَلِ، فَالزِّيَادَةُ عَلَيهِ رِبحُ مَا لَم يُضمَن، فَلَم يَجُزِ العَقدُ لِتَأدِيَتِهِ إِلَيهِ، وَصَارَ كَشَرِكَةِ الوُجُوهِ، وَلَكِنَّا نَقُولُ: مَا يَأخُذُهُ لَا يَأخُذُهُ رِبحًا، لِأَنَّ الرِّبحَ عِندَ اتِّحَادِ الجِنسِ، وَقَد اختَلَفَ لِأَنَّ رَأسَ المَالِ عَمَلٌ وَالرِّبحَ مَالٌ

(وهو ما ذكرناه)؛ وهو قوله: أن المقصود منه تحصيل الربح، وهو ممكن بالتوكيل، والتوكيل بِتقَبُّل عَملٍ صحيحٌ ممّن لا يحسن ذلك العمل؛ لأنه لا يتعين عليه إقامة العمل بنفسه، بل له أن يقيم العمل بأعوانه وأجزائه.

قوله: (ولو شرطا العمل نصفين) أو في شركة التقبّل **(والمال)**؛ أي: الربح **(أثلاثا)** مع التساوي في العمل يجوز استحسانا.

(وفي القياس: لا يجوز) وهو قول زفر.

في المبسوط: شركة المفاوضة والعنان يجريان في شركة التقبل والوجوه عندنا.

قوله: (فلم يجز العقد لتأديته)؛ أي: لتأدية هذا العقد **(إليه)**؛ أي: إلى ربح ما لم يضمن، يعني: الربح في الشركة إنما يستحق بالمال أو بالعمل أو بالضمان، ولا يستحق بعد ذلك، ألا ترى أن من قال لغيره: تصرف في مالك على أن لي بعض الربح لم يجز، ويستحق بالعمل كما في المضاربة، وبالضمان، فإن الأستاذ إذا تقبل وألقى العمل على تلميذه بأقل منه طاب له الفضل، وإنما يطيب بسبب الضمان. ذكره في الإيضاح. وفيما نحن فيه الزيادة على العمل ليست من هذه الأوجه الثلاثة، فكانت ربح ما لم يضمن.

قوله: (وصار كشركة الوجوه): وفي المبسوط: هذا إذا كان المشتري بينهما في شركة الوجوه على السواء، أما إذا اشترطا التفاوت في ملك المشتري فيجوز التفاوت حينئذ في الربح في شركة الوجوه، كما ذكرنا أن العنان والمفاوضة يجريان فيه أيضًا(١).

قوله: (والربح عند اتحاد الجنس)؛ أي: الربح لا يظهر إلا عند اتحاد الجنس، وعن هذا جعل رأس مال الشركة الدراهم والدنانير.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١١/ ٢١٥).

فَكَانَ بَدَلَ العَمَلِ، وَالعَمَلُ يُتَقَوَّمُ بِالتَّقوِيمِ فَيَتَقَدَّرُ بِقَدرِ مَا قُوِّمَ بِهِ فَلَا يَحرُمُ، بِخِلَافِ شَرِكَةِ الوُجُوهِ؛ لِأَنَّ جِنسَ المَالِ مُتَّفِقٌ وَالرِّبحُ يَتَحَقَّقُ فِي الجِنسِ المُتَّفِقِ، وَرِبحُ مَا لَم يُضمَن لَا يَجُوزُ إِلَّا فِي المُضَارَبَةِ.

قَالَ: (وَمَا يَتَقَبَّلُهُ كُلُّ وَاحِد مِنهُمَا مِن العَمَلِ يَلزَمُهُ وَيَلزَمُ شَرِيكَهُ) حَتَّى إنَّ كُلَّ وَاحِد مِنهُمَا يُطَالَبُ بِالعَمَلِ وَيُطَالِبُ بِالأَجرِ (وَيَبرَأُ الدَّافِعُ بِالدَّفعِ إِلَيهِ) وَهَذَا ظَاهِرٌ فِي المُفَاوَضَةِ وَفِي غَيرِهَا استِحسَانٌ. وَالقِيَاسُ: خِلَافُ ذَلِكَ، لِأَنَّ الشَّرِكَةَ وَقَعَت مُطلَقَة، وَالكَفَالَةُ مُقتَضَى المُفَاوَضَةِ.

(فكان)؛ أي: ما يأخذه بدل عمله لا الربح، فيتقوم العمل بقدر ما شرط له.

قوله: (**لأن جنس المال متفق**)؛ أي: في شركة الوجوه وهو الثمن الواجب في ذمتهما، إذ هو الدراهم والدنانير، فكان الجنس متفقًا، فيظهر الربح [فلو جاز اشتراط زيادة الربح][1] يكون ذلك ربح ما لم يضمن، وذلك لا يكون في المضاربة، ولكن كان جوازه في المضاربة بوقوعه بمقابلة العمل في جانب المضارب، وفي جانب رب المال بمقابلة المال، وليس واحد منهما في شركة الوجوه ولا الضمان بمقابلة زيادة الربح، فيلزم فيها ما لم يضمن، إذ الملك في المشترى على السواء.

قوله: (**ويبرأ الدافع**) يجوز أن يراد بالدافع دافع الأجرة (**إليه**)؛ أي: إلى كل واحد منهما وهو الظاهر، ويجوز أن يراد بالدافع كل واحد منهما إليه، أي: إلى صاحب الثوب، يعني: لو أخذ الثوب أحدهما ثم دفع الثوب إلى صاحبه غير الذي أخذه بدأ الأخذ من الضمان.

قوله: (**وهذا ظاهر في المفاوضة**)؛ أي: في شركة التقبل متفاوضين.

في المبسوط: وإن كانا متفاوضين فلا إشكال أن الآخر مطالب بالعمل، أما لو كانت الشركة بينهما مطلقة فقد ذكر في النوادر قياسًا واستحسانا في هذا الفصل، ففي القياس لا يلزم؛ لأن مطلق الشركة بينهما عَنانٌ، وذلك لا يتضمن الكفالة، ألا ترى أنه أقر أحدهما بدين لإنسان لا يطالب به الآخر، فكذا إذا

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

وَجهُ الِاستِحسَانِ: أَنَّ هَذِهِ الشَّرِكَةَ مُقتَضِيَةٌ لِلضَّمَانِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ مَا يَتَقَبَّلُهُ كُلُّ وَاحِد مِنهُمَا مِن العَمَلِ مَضمُونٌ عَلَى الآخَرِ، وَلِهَذَا يَستَحِقُّ الأَجرَ بِسَبَبِ نَفَاذِ تَقَبُّلِهِ عَلَيهِ، فَجَرَى مَجرَى المُفَاوَضَةِ فِي ضَمَانِ العَمَلِ وَاقتِضَاءِ البَدَلِ.

قَالَ: (وَأَمَّا شَرِكَةُ الوُجُوهِ: فَالرَّجُلَانِ يَشتَرِكَانِ وَلَا مَالَ لَهُمَا، عَلَى أَن يَشتَرِيَا بِوُجُوهِهِمَا وَيَبِيعَا، فَتَصِحَّ الشَّرِكَةُ عَلَى هَذَا) سُمِّيَت بِهِ لِأَنَّهُ لَا يَشتَرِي بِالنَّسِيئَةِ إِلَّا مَن كَانَ لَهُ وَجَاهَةٌ عِندَ النَّاسِ، وَإِنَّمَا تَصِحُّ مُفَاوَضَة، لِأَنَّهُ يُمكِنُ تَحقِيقُ الكَفَالَةِ وَالوَكَالَةِ فِي الأَبدَالِ، وَإِذَا أُطلِقَت تَكُونُ عِنَانًا، لِأَنَّ مُطلَقَهُ يَنصَرِفُ إِلَيهِ ....

تقبل العمل مقام الآخر، فيكونان فيه بمنزلة المتفاوضين، وعلى هذا إذا عمل أحدهما كان للآخر أن يطالب استحسانا؛ لأنه هو المقصود بعقدهما(١).

قوله: (**فجرى مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البدل**) وهو الأجرة، وإنما قيد بهذين الشيئين؛ لأن فيما عدا ذلك لم يجر هذا العقد مجرى المفاوضة، حتى قالوا: إذا أقر أحدهما بدين من ثمن صابون أو أشنان، أو عمل من أعمال العملة، أو آجر أجيرا، وأجره يثبت لمدة مضت، لم يصدق على صاحبه إلا ببينة؛ لأن التنصيص على المفاوضة لم يوجد، ونفاذ الإقرار موجب المفاوضة. كذا في الإيضاح.

قوله: (**سميت**)؛ أي: هذه الشركة (**بالوجوه**)؛ لأنهما يشتريان بجاههما، والجاه والوجه واحد، يقال: فلان وجيه إذا كان ذا جاه، قال تعالى: ﴿وَكَانَ عِندَ ٱللَّهِ وَجِيهًا﴾ [الأحزاب: ٦٩].

قوله: [٢/ ٤٦/ ب] (**وإنما**)؛ أي: شركة الوجوه (**تصِحُّ مفاوضة**) فالمفاوضة أن يكون الرجلان من أهل الكفالة، وأن يكون ثمن المشترى بينهما نصفين، وأن يتلفظا بلفظ المفاوضة، وأما العنان منها ألا يكون واحد مما ذكرنا. ذكره في شرح الطحاوي.

قوله: (**في الأبدال**) وهو الثمن والمثمن (**لأن مطلقه**)؛ أي: مطلق عقد الشركة الوجوه (**ينصرف إليه**)؛ أي: في العنان؛ لأن المعتاد فيما بين الناس العنان، والمطلق ينصرف إلى المعتاد، كما لو اشترى بدراهم مطلقة.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١١/ ٢١٥).

وَهِيَ جَائِزَةٌ عِندَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ، وَالوَجهُ مِن الجَانِبَينِ مَا قَدَّمنَاهُ فِي شَرِكَةِ التَّقَبُّلِ.

قَالَ: (وَكُلُّ وَاحِد مِنهُمَا وَكِيلُ الآخَرِ فِيمَا يَشتَرِيهِ) لِأَنَّ التَّصَرُّفَ عَلَى الغَيرِ لَا يَجُوزُ إِلَّا بِوَكَالَة أَو بِوِلَايَة، وَلَا وِلَايَةَ فَتَتَعَيَّنُ الوَكَالَةُ (فَإِن شَرَطَا أَنَّ المُشتَرَى بَينَهُمَا نِصفَانِ وَالرِّبحَ كَذَلِكَ يَجُوزُ، وَلَا يَجُوزُ أَن يَتَفَاضَلَا فِيهِ، وَإِن شَرَطَا أَن يَكُونَ المُشتَرَى بَينَهُمَا أَثلَاثًا فَالرِّبحُ كَذَلِكَ)، وَهَذَا لِأَنَّ الرِّبحَ لَا يُستَحَقُّ إِلَّا بِالمَالِ أَو العَمَلِ أَو بِالضَّمَانِ، فَرَبُّ المَالِ يَستَحِقُّهُ بِالمَالِ، وَالمُضَارِبُ يَستَحِقُّهُ بِالعَمَلِ، وَالأُستَاذُ الَّذِي يُلقِي العَمَلَ عَلَى التِّلمِيذِ بِالنِّصفِ بِالضَّمَانِ، وَلَا يُستَحَقُّ بِمَا سِوَاهَا؛ أَلَا تَرَى أَنَّ مَن قَالَ لِغَيرِهِ: تَصَرَّف فِي مَالِكِ عَلَى أَنَّ لِي رِبحَهُ، لَم يَجُز لِعَدَمِ هَذِهِ المَعَانِي. وَاستِحقَاقُ الرِّبحِ فِي شَرِكَةِ الوُجُوهِ بِالضَّمَانِ عَلَى مَا بَيَّنَّا وَالضَّمَانُ عَلَى قَدرِ المِلكِ فِي المُشتَرَى، وَكَانَ الرِّبحُ الزَّائِدُ عَلَيهِ رِبحَ مَا لَم يُضمَن، فَلَا يَصِحُّ اشتِرَاطُهُ، إِلَّا فِي المُضَارَبَةِ، وَالوُجُوهُ لَيسَت فِي مَعنَاهَا، بِخِلَافِ العِنَانِ؛ لِأَنَّهُ فِي مَعنَاهَا مِن حَيثُ إِنَّ كُلَّ ....

قوله: (وهي)؛ أي: شركة الوجوه (**جائزة عندنا**) وبه قال أحمد. وقال الشافعي ومالك: لا تجوز؛ لأن عنده لا بد من رأس المال لصحته، فيتحقق معنى التميز.

وقلنا: صحة العقد باعتبار الوكالة، وتوكيل كل واحد منهما صاحبه بالشراء على أن يكون المشترى بينهما نصفين أو أثلاثا صحيح، فكذا الشركة التي تتضمن هذه الوكالة.

قوله: (**على التلميذ بالنصف**) وذكر النصف اتفاقيّ؛ لأنه يجوز بأقل منه، وقد ذكرناه.

قوله: (**بالضمان**)؛ أي: يطالب الأستاذ بتحصيل ذلك العمل، فكان العمل مضمونا على الأستاذ.

قوله: (**في معناها**)؛ أي: في معنى المضاربة؛ لأن في الوجوه كل واحد مضمون عليه العمل، وأما المال فليس بمضمون على المضارب، وكذا العمل ليس بمضمون على رب المال.

(**لأنه**)؛ أي: العنان (**في معناها**)؛ أي: معنى المضاربة (**من حيث إن كل**

وَاحِد مِنهُمَا يَعمَلُ فِي مَالِ صَاحِبِهِ فَيُلحَقُ بِهَا، وَاَللَّهُ أَعلَمُ.

فَصلٌ فِي الشَّرِكَةِ الفَاسِدَةِ

(وَلَا تَجُوزُ الشَّرِكَةُ فِي الِاحتِطَابِ وَالِاصطِيَادِ، وَمَا اصطَادَهُ كُلُّ وَاحِد مِنهُمَا أَو احتَطَبَهُ فَهُوَ لَهُ دُونَ صَاحِبِهِ)، وَعَلَى هَذَا الِاشتِرَاكُ فِي أَخذِ كُلِّ شَيء مُبَاحٌ؛ لِأَنَّ الشَّرِكَةَ مُتَضَمِّنَةٌ مَعنَى الوَكَالَةِ، وَالتَّوكِيلُ فِي أَخذِ المَالِ المُبَاحِ بَاطِلٌ، لِأَنَّ أَمرَ المُوَكِّلِ بِهِ غَيرُ صَحِيح، ....

واحدٍ منهما يعمل في مال صاحبه) كالمضارب يعمل في مال رب المال (فيلحق)؛ أي: العنان (بها)؛ أي: بالمضاربة في جواز اشتراط زيادة الربح.

فإن قيل: جاز أن يكون فصل الربح هاهنا بفضل العمل كما في العنان.

قلنا: إنما جاز اشتراط زيادة الربح بزيادة العمل؛ إذا كان العمل في مال معلوم، كما في العنان والمضاربة، ولم يوجد هنا.

فصل في الشركة الفاسدة

أخَّرَ الفاسد لانحطاط رتبته شرعًا.

قوله: (في كل شيء مباح) كالحشيش والثمار في الجبال والبراري من الجوز والفستق وغيرهما، وكذا الشركة بنقل الطين وبيعه من أرض لا يملكانه، أو الجص أو الملح والكحل، أو ما أشبه ذلك لا تجوز الشركة عندنا، وبه قال الشافعي. وعند مالك وأحمد: يجوز لأن هذه شركة الأبدان، فتجوز كما في الصَّبَّاغين.

يؤيده: ما روى أبو داود بإسناده عن ابن مسعود أنه قال: اشتركت أنا وسعد وعمار يوم بدر، فلم أجِئْ أنا وعمار بشيء، وجاء سعد بأسيرين، فأشرك بينهم النبي ﷺ[(١)].

قوله: (لأن أمر الموكل به)؛ أي: بأخذ المباح (غير صحيح) لعدم ملكه وولايته عليه قبل قبضه.

---

(١) أخرجه أبو داود (٦/ ١٣١ برقم ١١٤٢٨)، والنسائي (٧/ ٥٧ برقم ٣٩٣٧)، وابن ماجه (٢/ ٧٦٨ برقم ٢٢٨٨) من حديث عبد الله بن مسعود ﵁.

وَالوَكِيلُ يَملِكُهُ بِدُونِ أَمرِهِ فَلَا يَصلُحُ نَائِبا عَنهُ، وَإِنَّمَا يَثبُتُ المِلكُ لَهُمَا بِالأَخذِ وَإِحرَازِ المُبَاحِ، فَإِن أَخَذَاهُ مَعا فَهُوَ بَينَهُمَا نِصفَانِ لِاستِوَائِهِمَا فِي سَبَبِ الِاستِحقَاقِ،

(**والوكيل يملكه**)؛ أي: المباح (**بدون أمره، فلا يصلح الوكيل نائبا عنه**)؛ أي: عن الموكل، إذ التوكيل إثبات ولاية لم تكن ثابتةً للوكيل، وهذا لم يوجد هاهنا، فإذا لم تثبت الوكالة لم تثبت الشركة. كذا في الإيضاح.

فإن قيل: يشكل هذا بالتوكيل بشراء عبد بغير عينه فإنه يجوز، مع أن الوكيل يملك شراء لنفسه قبل التوكيل وبعده، فعلم ألا يشترط لصحة التوكيل أن يملك الوكيل ذلك التصرف قبل التوكيل.

قلنا: لا يشكل لما أن التوكيل بالشراء يخالف التوكيل بالاحتطاب من وجهين: أحدهما: أن الوكيل بشراء عبد معين لا يملك أن يشتريه لنفسه بعد التوكيل، والتوكيل في الاحتطاب في الحطب المعين وغير المعين سواء في عدم الصحة؛ لعدم التوكيل في أمر مباح لهما.

والثاني: أن بالتوكيل يلزم الثمن في ذمة الموكل ولا يلزم قبله، فلم يكن الوكيل قادرًا هناك على إلزام الثمن في ذمة الموكل قبل التوكيل، فصح ما قلنا: إن التوكيل إنما يصح فيما لا يملكه الوكيل.

والأوجه في التعليل ما ذكره شمس الأئمة في مبسوطه: أن الاحتطاب اكتساب، والاكتساب في المحل المباح يوجب الملك للمكتسب، فحينئذ كان كل واحد منهما كالمفاوض مع صاحبه لنصف ما يكتسبه بنصف ما يكتسبه صاحبه، وهذا مفاوضة في المجهول، فلا تكون صحيحة، وعلى هذين التعليلين لا يلزم السؤال.

وأما الجواب عن الحديث: أن المغانم مشتركة بين الغانمين بحكم الله تعالى، فكيف يصح اختصاص هؤلاء بالشركة فيها.

وقال بعض أصحاب الشافعي: غنائم بدر كانت للرسول ﷺ، فله أن يدفعها إلى من شاء، فيحتمل أن يكون فعل ذلك بإزاء نصيبهم.

قوله: (**فهو بينهما نصفان**) في المبسوط: فإن عملا ذلك وخلطاه ثم باعاه،

وَإِن أَخَذَهُ أَحَدُهُمَا وَلَم يَعمَل الآخَرُ شَيئًا فَهُوَ لِلعَامِلِ، وَإِن عَمِلَ أَحَدُهُمَا وَأَعَانَهُ الآخَرُ فِي عَمَلِهِ بِأَن قَلَعَهُ أَحَدُهُمَا وَجَمَعَهُ الآخَرُ، أَو قَلَعَهُ وَجَمَعَهُ وَحَمَلَهُ الآخَرُ، فَلِلمُعِينِ أَجرُ المِثلِ بَالِغًا مَا بَلَغَ عِندَ مُحَمَّد.

وَعِندَ أَبِي يُوسُفَ: لَا يُجَاوَزُ بِهِ نِصفُ ثَمَنِ ذَلِكَ، وَقَد عُرِفَ فِي مَوضِعِهِ(*).

قسم الثمن على كيل أو وزن، فالكل واحد لأن كل واحد مالك لما أصابه، والثمن [٢/ ٤٧/أ] في البيع إنما ينقسم على مالية المعقود عليه، ومالية المكيل والموزون يعتبر بالكيل، والموزون وإن لم يكن وزنا يقسم الثمن على قيمة ما كان لكل واحد منهما [لأن معرفة المالية في القيمي بالقيمة، وإن لم يعرف مقدار ما كان لكل واحد منهما](١) صدق كل واحد إلى النصف؛ لأنهما استويا في الاكتساب، وقد كان المكتسب في أيديهما، فالظاهر أن المكتسب بينهما نصفان، والظاهر يشهد له في ذلك، فيقبل قوله، ولا يصدق على الزيادة على النصف إلا ببينة؛ لأنه يدعي خلاف الظاهر(٢).

قوله: (فللمعين أجر المثل)؛ لأنه استوفى منافعه بحكم عقد فاسد، فيلزمه أجر مثله، إلا أنه لا يجاوز عن نصف ثمن ذلك لرضاه بنصف المسمى، وتقوم المنافع بالعقد والتسمية، وفيما زاد على المسمى لم توجد التسمية. وعند محمد له أجر مثله بالغًا ما بلغ؛ لأن المسمى مجهول إذا لم يدر أي نوع من الحطب يصيبان، وهل يصيبا شيئًا أم لا؟ والرضا بالمجهول لغو، فإذا سقط اعتبار رضاه وقد استوفى منافعه بعقد فاسد؛ فله أجر مثله بالغًا ما بلغ.

وقوله: (لا يجاوز) على بناء المفعول، ونصف الثمن بالرفع؛ لأنه قائم مقام الفاعل، والرواية المزادة من ثلاثة جلود، وأصلها بعير السقاء؛ لأنه يروي الماء، أي: يحمله.

(في موضعه)؛ أي: في باب الإجارة الفاسدة.

(*) الراجح: قول محمد.

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (١١/ ٢١٧).

قَالَ: (وَإِذَا اشتَرَكَا وَلِأَحَدِهِمَا بَغلٌ وَلِلآخَرِ رَاوِيَةٌ يَستَقِي عَلَيهَا المَاءَ، فَالكَسبُ بَينَهُمَا، لَم تَصِحَّ الشَّرِكَةُ، وَالكَسبُ كُلُّهُ لِلَّذِي استَقَى، وَعَلَيهِ أَجرُ مِثلِ الرَّاوِيَةِ إن كَانَ العَامِلُ صَاحِبَ البَغلِ، وَإِن كَانَ صَاحِبَ الرَّاوِيَةِ فَعَلَيهِ أَجرُ مِثلِ البَغلِ) أَمَّا فَسَادُ الشَّرِكَةِ فَلِانعِقَادِهَا عَلَى إحرَازِ المُبَاحِ وَهُوَ المَاءُ، وَأَمَّا وُجُوبُ الأَجرِ، فَلِأَنَّ المُبَاحَ إذَا صَارَ مِلكًا لِلمُحرِزِ وَهُوَ المُستَقِي، وَقَد استَوفَى مَنَافِعَ مِلكِ الغَيرِ وَهُوَ البَغلُ أَو الرَّاوِيَةُ بِعَقد فَاسِد فَيَلزَمُهُ أَجرُهُ (وَكُلُّ شَرِكَة فَاسِدَة فَالرِّبحُ فِيهَا عَلَى قَدرِ المَالِ، وَيَبطُلُ شَرطُ التَّفَاضُلِ) لِأَنَّ الرِّبحَ فِيهِ تَابِعٌ لِلمَالِ فَيَتَقَدَّرُ بِقَدرِهِ، كَمَا أَنَّ الرِّيعَ تَابِعٌ لِلبَذرِ فِي الزِّرَاعَةِ، وَالزِّيَادَةُ إنَّمَا تُستَحَقُّ بِالتَّسمِيَةِ، وَقَد فَسَدَت فَبَقِيَ الِاستِحقَاقُ عَلَى قَدرِ رَأسِ المَالِ (وَإِذَا مَاتَ أَحَدُ الشَّرِيكَينِ أَو ارتَدَّ وَلَحِقَ بِدَارِ الحَربِ بَطَلَت الشَّرِكَةُ) لِأَنَّهَا تَتَضَمَّنُ الوَكَالَةَ، وَلَا بُدَّ مِنهَا لِتَتَحَقَّقَ الشَّرِكَةُ عَلَى مَا مَرَّ، وَالوَكَالَةُ تَبطُلُ بِالمَوتِ، وَكَذَا بِالِالتِحَاقِ مُرتَدًّا إذَا قَضَى القَاضِي بِلَحَاقِهِ؛ لِأَنَّهُ بِمَنزِلَةِ المَوتِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ مِن قَبلُ، وَلَا فَرقَ بَينَ مَا إذَا عَلِمَ الشَّرِيكُ بِمَوتِ صَاحِبِهِ أَو لَم يَعلَم؛ لِأَنَّهُ عَزلٌ حُكمِيٌّ،

قوله: (لم تصح الشركة) وهو ظاهر قول الشافعي، وبه قال أحمد. وعلى قياس قول أحمد ومالك: ينبغي أن يجوز. ذكره في المغني لابن قدامة.

وقال بعض أصحاب الشافعي: فيه قولان، في قول: يصح، والثاني: أن الكسب للسقاء. وقال بعض أصحابه: إن الماء مملوكا للسقاء، فالكسب له وعليه أجرة ما حمل عليه، وإن كان مباحا في الكسب على الشركة.

قوله: (فالربح فيها)؛ أي: في الشركة الفاسدة **(على قدر المال)** ولا خلاف فيه بعدما خلط المالان، والريع: الزيادة، يقال: هذا طعام كثير الريع، ويقال: أخرجت الأرض ريعا، أي: غلة؛ لأنها زيادة. كذا في المغرب[1].

قوله: (وإذا مات أحد الشريكين) إلى آخره: ولا خلاف فيه.

(على ما بيناه من قبل)؛ أي: في باب أحكام المرتدين.

قوله: (لأنه)؛ أي: الموت **(عزل حكمي)** لتحول ملكه إلى وارثه، فلا

---

(١) المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي (ص ٢٠٤).

وَإِذَا بَطَلَت الوَكَالَةُ بَطَلَت الشَّرِكَةُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا فَسَخَ أَحَدُ الشَّرِيكَينِ الشَّرِكَةَ وَمَالُ الشَّرِكَةِ دَرَاهِمُ وَدَنَانِيرُ، حَيثُ يَتَوَقَّفُ عَلَى عِلمِ الآخَرِ، لِأَنَّهُ عَزلٌ قَصدِيٌّ، وَاَللَّهُ أَعلَمُ.

فَصْلٌ: [أَدَاءُ الزَّكَاةِ مِنْ مَالِ الشَرِيكَيْنِ]

(وَلَيسَ لِأَحَدِ الشَّرِيكَينِ أَن يُؤَدِّيَ زَكَاةَ مَالِ الآخَرِ إِلَّا بِإِذنِهِ)، لِأَنَّهُ لَيسَ مِن جِنسِ التِّجَارَةِ، (فَإِن أَذِنَ كُلُّ وَاحِد مِنهُمَا لِصَاحِبِهِ أَن يُؤَدِّيَ زَكَاتَهُ، فَأَدَّى كُلُّ وَاحِد مِنهُمَا فَالثَّانِي ضَامِنٌ، عَلِمَ بِأَدَاءِ الأَوَّلِ أَو لَم يَعلَم، وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةِ، وَقَالَا: لَا يَضمَنُ إِذَا لَم يَعلَم، وَهَذَا إِذَا أَدَّيَا عَلَى التَّعَاقُبِ، أَمَّا إِذَا أَدَّيَا مَعًا ضَمِنَ كُلُّ

يتوقف ثبوت حكمه على العلم لثبوته ضمنًا، ألا ترى أن الوكيل ينعزل بموت الموكل وإن لم يعلم به.

(لأنه)؛ أي: فسخ أحد الشريكين **(عزل قصدي)** فيعتمد العلم؛ لأنه نوع حجر، فشرط علمه بثبوت الحجر دفعا للضرر عنه.

فإن قيل: قد ذكر قبيل هذا أن الشركة تتضمن الوكالة، فلما ثبتت الوكالة في ضمن الشركة كانت الوكالة تبعا، فلا يلزم من بطلان التبع بطلان الأصل، فكيف لزم هاهنا بطلان الأصل وهو الشركة ببطلان البيع وهو الوكالة؟.

قيل: فيه جوابان؛ أحدهما: أن لدوام عقد الشركة حكم الابتداء؛ لكونه غير لازم على ما مر، ثم في ابتداء العقد إذا كان أحدهما غير أهل لا يجوز التوكيل منه، بأن كان مجنونًا أو صبيًّا لا يعقل لا تجوز الشركة، فكذا بقاء؛ إذ صلاحية التوكيل شرط صحة الشركة ليفيد العقد فائدته.

والثاني: أن الوكالة ثابتة فيها ضرورة واقتضاء، فيبطل المقتضى ببطلان المقتضي؛ لأن المقتضى شرط صحة المقتضي.

فصل: أداء الزكاة من مال الشريكين

لما كانت أحكام هذا الفصل أبعد عن مسائل الشركة، من قبل أنها ليست من مسائل التجارة أَخَّرَهُ.

قوله: (وعندهما لم يضمن إذا لم يعلم) وإن علم ضمن. هكذا ذكر في كتاب الزكاة.

وَاحِدٍ مِنهُمَا نَصِيبَ صَاحِبِهِ). (*) وَعَلَى هَذَا الِاختِلَافِ، المَأمُورُ بِأَدَاءِ الزَّكَاةِ إِذَا تَصَدَّقَ عَلَى الفَقِيرِ بَعدَمَا أَدَّى الآمِرُ بِنَفسِهِ. لَهُمَا: أَنَّهُ مَأمُورٌ بِالتَّملِيكِ مِن الفَقِيرِ، وَقَد أَتَى بِهِ فَلَا يَضمَنُ لِلمُوَكِّلِ، وَهَذَا لِأَنَّ فِي وُسعِهِ التَّملِيكَ لَا وُقُوعَهُ زَكَاةً لِتَعَلُّقِهِ بِنِيَّةِ المُوَكِّلِ، وَإِنَّمَا يَطلُبُ مِنهُ مَا فِي وُسعِهِ، وَصَارَ كَالمَأمُورِ بِذَبحِ دَمِ الإِحصَارِ إِذَا ذَبَحَ بَعدَمَا زَالَ الإِحصَارُ وَحَجَّ الآمِرُ لَم يَضمَن المَأمُورُ عَلِمَ أَو لَا. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهُ مَأمُورٌ بِأَدَاءِ الزَّكَاةِ وَالمُؤَدَّى لَم يَقَع زَكَاةً فَصَارَ مُخَالِفًا، وَهَذَا لِأَنَّ المَقصُودَ مِن الأَمرِ إِخرَاجُ نَفسِهِ عَن عُهدَةِ الوَاجِبِ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ لَا يَلتَزِمُ الضَّرَرَ إِلَّا لِدَفعِ الضَّرَرِ، وَهَذَا المَقصُودُ حَصَلَ بِأَدَائِهِ وَعَرَّى أَدَاءَ المَأمُورِ عَنهُ، فَصَارَ مَعزُولًا عَلِمَ أَو لَم يَعلَم؛ لِأَنَّهُ عَزلٌ حُكمِيٌّ. وَأَمَّا دَمُ الإِحصَارِ فَقَد قِيلَ: هُوَ عَلَى هَذَا الِاختِلَافِ،

وفي الزيادات للعتابي: لا يضمن وإن علم عندهما، وهو الصحيح عندهما، وعلى هذا الخلاف لو دفع ماله إلى رجل ليكفر عنه فكفَّر الآمر بنفسه ثم كفَّر المأمور، وعلى هذا: المأمور بأداء الزكاة.

(**وإن أدَّيَا معًا ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه**)؛ أي: عند أبي حنيفة، وعندهما لا يضمن. ذكره في المبسوط، وزيادات العتابي.

(**لهما: أنه مأمور بالتمليك**) إلى آخره: هذا التعليل يدل على أنه إن أدى مع العلم لم يضمن؛ لأنه دفع إلى الفقير على وجه القربة، وأداء الموكل بنفسه لا ينفي هذا المعنى، فلا يوجب عزل الوكيل في الأداء ممتثلا أمره، فلا ضمان عليه، سواء علم بضمانه أو لا.

وجه رواية الزكاة: أن أداء الموكل بنفسه عزل الوكيل، فلا يثبت حكمه قبل علمه.

قوله: (لأنه عزل حكمي):

فإن قيل: يشكل عليه الوكيل بقضاء الدين، فإنه إذا أدى بعد أداء الموكل بنفسه إن علم بأدائه ضمن، وإلا لا، مع أن العزل هناك حكمي.

قلنا: الوكيل بقضاء الدين مأمور، بأن يجعل ما أدى مضمونًا على القابض

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

وَقِيلَ: بَينَهُمَا فَرقٌ. وَوَجهُهُ: أَنَّ الدَّمَ لَيسَ بِوَاجِب عَلَيهِ، فَإِنَّهُ يُمكِنُهُ أَن يَصبِرَ حَتَّى يَزُولَ الإِحصَارُ. وَفِي مَسأَلَتِنَا: الأَدَاءُ وَاجِبٌ فَاعتُبِرَ الإِسقَاطُ مَقصُودًا فِيهِ دُونَ دَمِ الإِحصَارِ.

قَالَ: (وَإِذَا أَذِنَ أَحَدُ المُتَفَاوِضَينِ لِصَاحِبِهِ أَن يَشتَرِيَ جَارِيَة فَيَطَأَهَا فَفَعَلَ، فَهِيَ لَهُ بِغَيرِ شَيء عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: يَرجِعُ عَلَيهِ بِنِصفِ الثَّمَنِ)(*) لِأَنَّهُ أَدَّى دَينًا عَلَيهِ خَاصَّة مِن مَالٍ مُشتَرَك، فَيَرجِعُ عَلَيهِ صَاحِبُهُ بِنَصِيبِهِ كَمَا فِي شِرَاءِ الطَّعَامِ وَالكِسوَةِ،

على ما هو الأصل، إذ الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها، وذلك [٢/ ٤٧/ ب] يتصور بعد أداء الموكل، فلم يكن أداؤه موجبا لعزله حكما.

يوضحه: أن هناك لو لم يوجب الضمان على الوكيل لجهله بأداء الموكل لم يتضرر الموكل فيه؛ لأنه يتمكن من استرداد المقبوض وتضمينه إن كان هالكًا والضرر مدفوع. كذا في المبسوط.

وذكر القاضي المعنى[١] فيما لو أدّيا معًا حيث يضمن الوكيل عند أبي حنيفة. فوجهه: أن أداء الموكل [سابق على أدائه، وإن أديا معًا من حيث الحكم والاعتبار؛ لأن الموكل بالأداء ينصرف على نفسه وتصرف الوكيل على الموكل][٢]، فتصرفه على نفسه أقرب من تصرف الوكيل عليه، فيصير سابقا معنى، كالوكيل بالبيع إذا باع وباع الموكل أيضًا، وخرج الكلامان معا ينفذ بيع الموكل.

قوله: (وقالا: يرجع الشريك الإذن عليه)؛ أي: على المأمور.

(كما في شراء الطعام والكسوة)؛ أي: لأهله وقضى الثمن من مال الشركة، فيرجع عليه بنصف الثمن بالاتفاق؛ وهذا لأن الملك واقع له خاصة من ضرورة حل الوطء، إذ لو وقع مشتركا لحرم الوطء، واختصاص المالك يبتني على الاختصاص بسببه وهو الشراء، فيكون الثمن عليه كما في الطعام.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) في الأصل: (الغنى) والمثبت من النسخة الثانية.

(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

وَهَذَا لِأَنَّ المِلكَ وَاقِعٌ لَهُ خَاصَّة، وَالثَّمَنُ بِمُقَابَلَةِ المِلكِ. وَلَهُ: أَنَّ الجَارِيَةَ دَخَلَت فِي الشَّرِكَةِ عَلَى البَتَاتِ جَريًا عَلَى مُقتَضَى الشَّرِكَةِ، إذ هُمَا لَا يَملِكَانِ تَغيِيرَهُ فَأَشبَهَ حَالَ عَدَمِ الإِذنِ، غَيرَ أَنَّ الإِذنَ يَتَضَمَّنُ هِبَةَ نَصِيبِهِ مِنهُ؛ لِأَنَّ الوَطءَ لَا يَحِلُّ إِلَّا

قوله: (فأشبه حال عدم الإذن)؛ يعني: إذا اشترى جارية بغير الإذن في الوطء يقع على الشركة، فكذا هذا؛ لأن مقتضى المفاوضة أن يقع كل شراء وبيع على الشركة تحقيقا للمساواة، وهما لا يملكان تغيير مقتضاها مع بقائها.

(غير أن الإذن) هذا استثناء معنًى، يعني: لما وقعت الجارية المشتركة، فكيف يحل وطؤها لمشتريها، فقال: الإذن بشرائها لنفسه يتضمن هبة نصيبه بغير عوض، والهبة في الشائع فيما لا يقسم جائزة، فكان حل وطئها بالهبة، كما لو وهب نصيبه بعد الشراء بلا أمر يحل وطؤها، إذ الإذن بالوطء لا يصح إلا بالهبة، فكانت هبة نصيبه ثابتة ضرورة صحة الإذن اقتضاء. إليه أشار في الأسرار.

فإن قيل: ذكر في الأصول: لو قال لغيره: أعتق عبدك عني بغير شيء فأعتقه، يقع العتق عن المأمور لا الآمر عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لأبي يوسف، وقالوا في وجه قولهما: أن القبض في الهبة لا يحتمل السقوط بحال، والقبول في البيع يحتمله، كما في التعاطي، وإذا كان كذلك لا تثبت الهبة هاهنا بدون القبض، والقبض فعل حسِّي ليس من جنس القول، فلا يثبت في ضمنه، فلا يثبت اقتضاء، وهاهنا كيف يثبت اقتضاء؟

قلنا: ذكر في الإيضاح: القياس: أن كل ما يتصوّر وقوعه على الشركة يقع مشتركًا؛ لما بيّنّا من تحقيق المساواة إلا فيما تمس الضرورة إليه مما لا بد منه، كالطعام والكسوة، والجارية ليست من ذلك، فوقعت على الشركة، ووقوعها على الشركة لا يستدعي إذنا جديدا، فلم يبق لهذا الإذن تأثيرًا في التمليك، كأنه قال: اشتَرِهَا بيننا وقد وهبت لك نصيبي، فإذا اشترى وقبض صحت الهبة فلا يرجع بشيء من الثمن؛ لأنه نقد المال المشترك فيما هو واقع على الشركة، وبهذا التقرير علم أن الهبة هاهنا إنما كانت بعد ثبوت الملك لهما، وبعد القبض وهبة المشاع جائزة فيما لا يقسم.

بِالمِلكِ، وَلَا وَجهَ إِلَى إِثبَاتِهِ بِالبَيعِ لِمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ مُخَالِفٌ مُقتَضَى الشَّرِكَةِ فَأَثبَتنَاهُ بِالهِبَةِ الثَّابِتَةِ فِي ضِمنِ الإِذنِ، بِخِلَافِ الطَّعَامِ وَالكِسوَةِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مُستَثنى عَنهَا لِلضَّرُورَةِ، فَيَقَعُ المِلكُ لَهُ خَاصَّة بِنَفسِ العَقدِ، فَكَانَ مُؤَدِّيًا دَينًا عَلَيهِ مِن مَالِ الشَّرِكَةِ. وَفِي مَسأَلَتِنَا قَضَى دَينا عَلَيهِمَا لِمَا بَيَّنَّا (وَلِلبَائِعِ أَن يَأخُذَ بِالثَّمَنِ أَيَّهُمَا شَاءَ) بِالِاتِّفَاقِ، لِأَنَّهُ دَينٌ وَجَبَ بِسَبَبِ التِّجَارَةِ، وَالمُفَاوَضَةُ تَضَمَّنَت الكَفَالَةَ، فَصَارَ كَالطَّعَامِ وَالكِسوَةِ.

وفي الفوائد الظهيرية: بقي هاهنا إشكال هائل: وهو أن الملك يثبت في نصيب شريكه حكمًا للإذن بالوطء، فإن أصل المسألة: هو أن يأذن أحدهما لصاحبه أن يشتري جارية فيطأها ففعل فهي له، ولا يثبت الملك في الجارية بالهبة حكما للإحلال، فإن الرجل إذا قال لغيره: أحللت لك وطء هذه الجارية، فالجارية لا تصير ملكًا للمخاطب حكمًا للإحلال، وعلى قياس هذا وجب أن يثبت، ثم قال: لا وجه يتراءى في التفصي عن الإشكال؛ سوى أن نصيب الشريك من الجارية المشتركة أقبل للتملك من جارية لم يكن للمخاطب في شقص منها [ملك، بدليل أن أحد الشريكين يملك الجارية المشتركة بالاستيلاد، ومن لم يكن له ملك في شقص منها][(١)] لا يملكها بالاستيلاد إذا لم يكن له حق التملك، ومن له حق التملك كالأب والجد فالرواية غير محفوظة، فإنه لا يثبت الملك له حكما للهبة بالإحلال، ثم قال: وتخايل لي هاهنا فرق آخر: وهو قولك: أحللته وطأها لا يمكن إثبات موجبه على تقدير ثبوت الملك، وقوله: فيما نحن فيه فيطؤها، فيمكن حمله على الاستقبال؛ لأن اللفظ يحتمله، ويمكن أن تجعل الفاء للعطف. ذكره هذه المسألة في الجامع الصغير المرتب قبيل كتاب الوكالة، والله الموفق.

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كِتَابُ الوَقفِ

(قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: لَا يَزُولُ مِلكُ الوَاقِفِ عَن الوَقفِ إِلَّا أَن يَحكُمَ بِهِ الحَاكِمُ، أَو يُعَلِّقَهُ بِمَوتِهِ فَيَقُولَ: إِذَا مِتُّ فَقَد وَقَفتُ دَارِي عَلَى كَذَا. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَزُولُ مِلكُهُ بِمُجَرَّدِ القَولِ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا يَزُولُ حَتَّى يَجعَلَ لِلوَقفِ وَلِيًّا وَيُسَلِّمَهُ إِلَيهِ)(*) قَالَ ﷺ: الوَقفُ لُغَة: هُوَ الحَبسُ، تَقُولُ: وَقَفتُ الدَّابَّةَ وَأَوقَفْتُهَا بِمَعنًى. وَهُوَ فِي الشَّرعِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ: حَبسُ العَينِ عَلَى مِلكِ الوَاقِفِ، وَالتَّصَدُّقُ بِالمَنفَعَةِ بِمَنزِلَةِ العَارِيَّةِ. ثُمَّ قِيلَ: المَنفَعَةُ مَعدُومَةٌ فَالتَّصَدُّقُ بِالمَعدُومِ لَا يَصِحُّ، فَلَا يَجُوزُ الوَقفُ أَصلًا عِندَهُ، وَهُوَ المَلفُوظُ فِي الأَصلِ. وَالأَصَحُّ: أَنَّهُ جَائِزٌ عِندَهُ، إِلَّا أَنَّهُ غَيرُ لَازِم بِمَنزِلَةِ

كتاب الوقف

قيل في مناسبة الوقف والشركة: أن المقصود من كل منهما الانتفاع بما يزيد على أصل المال، ومن الوقف أيضًا الانتفاع بالريع الزائد من العقار.

ثم الوقف في الأصل: مصدر وَقَفَهُ إذا حبسه وقفًا، ووقف بنفسه وقوفًا يتعدّى ولا يتعدّى وقف، أرضه على ولده؛ لأنه حبس الملك عليه، وقيل للموقوف: [٢/٤٨/أ] وقف تسمية للمصدر، وجمع على أوقاف، كوقت وأوقات، وقالوا: لا يقال فيه: أوقفة إلا لغة ردية قليلة. كذا في الصحاح، والمغرب(١).

وقال شمس الأئمة: الوقف شريعة عبارة عن حبس المملوك عن التمليك من الغير.

قوله: (وهو الملفوظ في الأصل)؛ أي: المذكور في المبسوط، فأما أبو حنيفة لا يجيز ذلك. قال قاضي خان: وبظاهر هذا اللفظ أخذ بعض الناس،

(*) الراجح: قول أبي يوسف.

(١) المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي (ص ٤٩٢).

العَارِيَّةِ، وَعِندَهُمَا: حَبسُ العَينِ عَلَى حُكم مُلكِ اللَّهِ تَعَالَى(*)، فَيَزُولُ مِلكُ الوَاقِفِ عَنهُ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى عَلَى وَجه تَعُودُ مَنفَعَتُهُ إِلَى العِبَادِ فَيَلزَمُ وَلَا يُبَاعُ وَلَا يُوهَبُ وَلَا يُورَثُ.

وَاللَّفظُ يَنتَظِمُهُمَا وَالتَّرجِيحُ بِالدَّلِيلِ. لَهُمَا: قَولُ النَّبِيِّ ﷺ لِعُمَرَ ﷺ حِينَ أَرَادَ أَن يَتَصَدَّقَ بِأَرض لَهُ تُدعَى ثَمغا: «تَصَدَّق بِأَصلِهَا لَا يُبَاعُ وَلَا يُورَثُ وَلَا يُوهَبُ» وَلِأَنَّ الحَاجَةَ مَاسَّةٌ إِلَى أَن يَلزَمَ الوَقفُ مِنهُ لِيَصِلَ ثَوَابُهُ إِلَيهِ عَلَى الدَّوَامِ، وَقَد أَمكَنَ دَفعُ حَاجَتِهِ بِإِسقَاطِ المِلكِ وَجَعلِهِ لِلَّهِ تَعَالَى. إِذ لَهُ نَظِيرٌ فِي الشَّرعِ، ....

فقال: عند أبي حنيفة لا يجوز الوقف، وليس كما ظن، بل هو جائز عند الكل بالأحاديث المشهورة وإجماع الصحابة، إلا عند أبي يوسف ومحمد وعامّة الفقهاء، إذا صح الوقف يزول ملك المالك الواقف لا إلى مالك فيلزم فلا يملك، وهو الأصح عند الشافعي وأحمد.

وقال الشافعي في قول، وأحمد في رواية: ينتقل إلى ملك الموقوف عليه إن كان أهلا للملك لامتناع السائبة، وعند أبي حنيفة: يجوز الوقف جواز الإعارة، فيرجع فيه ويباع إلا أن يحكم به حاكم أو يوصي، فحينئذ يلزم فلا يجوز بيعه ولا هبته ولا إبطاله. وعند مالك: هو حبس العين على ملك الواقف، فلا يزول ملكه، لكن لا يباع ولا يورث ولا يرهن ولا يوهب.

وقال أبو العباس من أصحاب الشافعي: هذا قول الشافعي وأحمد؛ لأنه عليه السلام حبس الأصل وسَبَّل الثمرة.

قوله: (واللفظ ينتظمهما)؛ أي: لفظ الوقف يتناول ما قاله أبو حنيفة: بأن الوقف حبس العين على ملك الواقف، وما قالا به: وهو أنه حبس العين على حكم ملك الله تعالى.

(والترجيح بالدليل): فابتدأ ببيان دليلهما بقوله: **(لهما)** روى صخر بن جويرية عن نافع أن عمر كانت له بخيبر سهم عمر حين قسم رسول الله خيبر يدعى ثمغ، وكانت نخلًا نفيسًا، فقال: يا رسول الله، عندي هي نفيس أفأتصدّقُ

(*) الراجح: قول الصاحبين.

وَهُوَ المَسجِدُ فَيُجعَلُ كَذَلِكَ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ: قَولُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا حَبسَ عَن فَرَائِضِ اللَّهِ تَعَالَى» وَعَن شُرَيح: ....

به؟ فقال ﷺ: «**تَصدّقْ بأصْلِهَا لَا يُباعُ ولَا يوهَبُ ولَا يورَثُ ولَكِنْ يُنفَقُ مِنْ ثَمَرَتِهِ**»[1] فتصدقها عمر رضي الله عنه في سبيل الله، وفي الرقاب والضعفة والمساكين وابن السبيل، ولذي القربى منه، فقد نصّ ﷺ على أنه لازم.

وفي المغرب: ثمغ - بفتح الثاء وسكون الميم وبالغين المنقوطة - : أرض لعمر رضي الله عنه لقب لها[2].

وفي نسخة العلّامة حافظ الدين: بغير تنوين للعلمية والتأنيث، وكذا وقف النبي ﷺ حوائط.

وفي فتاوى قاضي خان: والناس لم يأخذوا بقول أبي حنيفة للآثار المشهورة عن النبي ﷺ والصحابة، وتعامل الناس باتخاذ الرباطات والخانات، أولها: وقف خليل الرحمن صلوات الله عليه وسلامه، فهي باقية إلى اليوم، وكذا أوقاف الصحابة بمكة والمدينة[3].

قوله: (وهو المسجد) فإن اتخاذ المسجد يلزم بالاتفاق، وهو إخراج الملك من البقعة عن مالكه، ولا يدخل في ملك أحد.

وفي المبسوط: ثم للناس حاجة إلى ما يرجع إلى مصالح معاشهم ومعادهم، فإذا كان هذا النوع من الإخراج والحبس لمصلحة المعاد؛ فكذلك جاز لمصلحة معاشهم، كبناء الخانات والرباطات واتخاذ المقابر[4].

ويستدلّون أيضًا بالعتق، فإنه إزالة الملك لا إلى مالك، وصح ذلك على قصد التقرب، فكذا الوقف.

(ولأبي حنيفة: قوله ﷺ: («لَا حَبْسَ عَنْ فَرَائِضِ اللهِ»)[5] أي: لا مال يحبس بعد موت المالك عن القسمة بين ورثته.

وفي المبسوط: وقال ابن مسعود وابن عباس: لا حبس عن فرائض الله،

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي (ص ٦٩).

(٣) فتاوى قاضي خان (٣/ ١٥٩).

(٤) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٢/ ٢٩).

(٥) سبق تخريجه.

جَاءَ مُحَمَّدٌ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ بِبَيعِ الحَبِيسِ، لِأَنَّ المِلكَ بَاقٍ فِيهِ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ يَجُوزُ

ولكن يحملون هذا الأثر على ما كان أهل الجاهلية يصنعونه من البحيرة والسائبة والوصيلة والحام، ويقولون: الشرع أبطل ذلك كله، لكنا نقول: النكرة في موضع النفي يَعمُّ، فيتناول كل طريق فيه حبس عن الميراث إلا ما قام عليه دليل(١).

وفي مبسوط شيخ الإسلام: الاستدلال بهذا الحديث غير مستقيم؛ لأنه إنما يستقيم هذا إذا تعلق به حق الوارث، فأما إذا كان الوقف قبل التعلق فليس حبس عن فرائض الله، كالتصدق بالمنقولات.

وفي المغني لابن قدامة: احتج بعض أهل الكوفة بما روي أن عبد الله بن زيد صاحب الأذان جعل حائطه صدقة، وجعله إلى النبي ﷺ، فجاء أبواه إلى النبي عليه السلام فقالا: يا رسول الله، لم يكن لنا عيش إلا هذا الحائط، فرده عليه السلام ثم مات فَوَرِثاهُ(٢).

وجوابه: أنه جعله صدقة غير موقوفة، فرأى والديه أحق الناس إليه، ولهذا لم يردها عليه بل دفعها إليهما، ويحتمل أن تكون هي لهما وهو يتصرف بحكم النيابة.

قوله: (جاء محمد ببيع الحبيس): وفي مبسوط شيخ الإسلام: الحبيس: ما كانوا يفعلونه في الابتداء قبل نزول سورة النساء، كانوا يحبسون العين ويتصدقون بالغلة بدون بيع الأصل، فجاء محمد عليه السلام ونسخ [٢/ ٤٨/ ب] هذا وجوز بيعه، وهذا بيان أن لزوم الوقف كان في شريعة من قبلنا، وأن شريعتنا ناسخة لذلك.

(ولأن الملك باق فيه)؛ أي: في الوقف **(بدليل)** إلى آخره: وفي المبسوط: أنه خلق مملوكًا في الأصل، وقد تقرر ذلك بالإحراز، فلا يتصور إخراجه عن كونه مملوكًا لا يجعله لله تعالى خالصًا، وبالوقف لا يتحقق ذلك، بدليل تصرفات الواقف فيه، بخلاف العتق؛ فإن الآدمي خلق مالكًا في الأصل، وصفة

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٢/ ٢٩).

(٢) المغني لابن قدامة (٦/ ٣).

الإِنتِفَاعُ بِهِ زِرَاعَة وَسُكنَى وَغَيرَ ذَلِكَ، وَالمِلكُ فِيهِ لِلوَاقِفِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ لَهُ وِلَايَةَ التَّصَرُّفِ فِيهِ بِصَرفِ غَلَّاتِهِ إِلَى مَصَارِفِهَا وَنَصبِ القُوَّامِ فِيهَا، إِلَّا أَنَّهُ يَتَصَدَّقُ بِمَنَافِعِهِ فَصَارَ شَبِيهَ العَارِيَّةِ، وَلِأَنَّهُ يَحتَاجُ إِلَى التَّصَدُّقِ بِالغَلَّةِ دَائِمًا وَلَا تَصَدُّقَ عَنهُ، إِلَّا بِالبَقَاءِ عَلَى مِلكِهِ، وَلِأَنَّهُ لَا يُمكِنُ أَن يُزَالَ مِلكُهُ، لَا إِلَى مَالِك لِأَنَّهُ غَيرُ مَشرُوع مَعَ بَقَائِهِ كَالسَّائِبَةِ. بِخِلَافِ الإِعتَاقِ، لِأَنَّهُ إِتلَافٌ، وَبِخِلَافِ المَسجِدِ، لِأَنَّهُ جُعِلَ خَالِصًا

المملوكية عارضة فيه، فإذا رفعت بالإعتاق عاد كما كان، وبخلاف المسجد؛ حيث يخرج عن ملكه ويصير خالصًا لله تعالى، ولهذا لا ينتفع به بشيء من منافع الملك وإن كان يصلح لها، وله أصل في الشرع وهو الكعبة؛ فإنها محررة عن ملك العباد، فألحقت سائر المساجد بها، والوقف ليس بإزالة إلى الله تعالى، فإنه منتفع به زراعة وسكنى وغيرهما كما ينتفع بالمملوكات، وما للعباد فيه نفع لا يصلح لله تعالى؛ لأن ما لله تعالى يجب أن يكون بوصف الخلوص، وإذا ثبت أن القول بالإزالة غير ممكن وجب أن يبقى على ملكه ضرورة، ولهذا بقي رأيه وتدبيره بعده في نصب القيم وتوزيع الغلة، واعتبر شرائطه، ولو خرج عن ملكه لما صح شرطه في الغلة، كما لو أعتق عبده بشرط أن يصرف غلته إلى كذا، وجعل أرضه مسجدًا بشرط أن يصلي فيه فلان دون فلان، ومردّهما محمول على الوقف المضاف إلى ما بعد الموت.

قوله: (كالسائبة)؛ وهي الناقة التي تُسَيَّبُ لنذرٍ، وكان الرجل يقول: إذا قدِمتُ من سفر أو برئت من مرضي فناقتي سائبة، وجعلها كالبحيرة في تحريم الانتفاع، يعني: أن الوقف كَتَسِييْبِ أهل الجاهلية؛ من حيث إنه لا يخرج من ملكه، كما لو سُيِّبتْ دابته لم تخرج من ملكه، فكذا إذا وقف أرضه أو داره. كذا ذكره في النهاية، وهو بعيد.

وفي الكافي: لا يزول ملك المالك في الوقف؛ لأنه لو زال فإما أن يزول إلى ملك أحد وهو ممتنع، أو لا إلى ملك أحد والأموال لا تقبله؛ لأنه يكون قولًا بالتسيب وهو حرام.

وفي المبسوط: استبعد قول أبي حنيفة في الكتاب، ولهذا سماه تحكّمًا

لِلَّهِ تَعَالَى، وَلِهَذَا لَا يَجُوزُ الِانتِفَاعُ بِهِ، وَهُنَا لَم يَنقَطِع حَقُّ العَبدِ عَنهُ فَلَم يَصِر خَالِصًا لِلَّهِ تَعَالَى. قَالَ ﷺ: قَالَ فِي الكِتَابِ: «لَا يَزُولُ مِلكُ الوَاقِفِ إِلَّا أَن يَحكُمَ بِهِ الحَاكِمُ أَو يُعَلِّقَهُ بِمَوتِهِ»، ....

على الناس من غير صحة، فقال: ما أخذ الناس بقول أصحابه إلا بتركهم التحكم على الناس، فإذا كانوا هم الذين يتحكمون على الناس بغير أثر ولا قياس لم يقلدوا هذه الأشياء، ولم يحمد محمد على ما قال.

وقيل: بسبب ذلك انقطع خاطره، فلم يتمكن من تفريع مسائل الوقف، واستكثر أصحابه بعده من تفريع مسائل الوقف، كالخصّاف وهلال، ولو كان أبو حنيفة في الأحياء حين قال ما قال لدمَّر عليه، كما قال مالك: رأيته رجلا لو قال: هذه الأسطوانة من ذهب لدلّ عليه، ولكن كُلُّ مجرٍ بالخلاء يُسَرُّ[1].

وقوله: (كُلُّ مُجْرٍ بالخَلاءِ يُسَرُّ) مثل: يضرب لمن يفرح بما له من محمدة عند عدم التعارض.

وفي التتمة: والفتوى على قولهما.

وقيل: كان أبو يوسف يقول [بقول][2] أبي حنيفة إلى أن سمع حديث عمر، فرجع وقال: لو بلغ هذا أبا حنيفة لرجع.

قوله: (إلا أن يحكم به حاكم): وصورة حكمه ما ذكر في فتاوى قاضي خان: أن يسلم الواقف وقفه إلى المتولي، ثم يريد أن يرجع فينازعه بعلة عدم اللزوم، فيختصمان إلى القاضي، فيقضي القاضي بلزومه[3].

قوله: (أو يعلقه)؛ أي: الوقف **(بموته)** بأن يقول: إذا مِتُّ فقد وقفتُ داري على كذا، يكون لازمًا بالإقرار، ولو قال: إن متُّ من مرضي هذا فقد أوقفتُ أرضي، ثم برئ منه فأراد أن يرجع، له أن يبيعها، وكذا لو مات من مرضه هذا لا يصير وقفًا؛ لأنه علقه بالخطر، ولو قال: إذا متُّ فاجعلوا أرضي وقفا يجوز، ولو قال: إن دخلتُ الدار فقد جعلتُ أرضي وقفًا لا يجوز، أو قال:

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٢/ ٢٨).

(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(٣) فتاوى قاضي خان (٣/ ١٥٩).

وَهَذَا فِي حُكمِ الحَاكِمِ صَحِيحٌ؛ لِأَنَّهُ قَضَاءٌ فِي مُجتَهَدٍ فِيهِ، أَمَّا فِي تَعلِيقِهِ بِالمَوتِ فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَزُولُ مِلكُهُ، إِلَّا أَنَّهُ تَصَدُّقٌ بِمَنَافِعِهِ مُؤَبَّدًا فَيَصِيرُ بِمَنزِلَةِ الوَصِيَّةِ بِالمَنَافِعِ مُؤَبَّدًا فَيَلزَمُ، وَالمُرَادُ بِالحَاكِمِ المَولَى، فَأَمَّا المُحَكَّمُ فَفِيهِ اختِلَافُ المَشَايِخِ.

وَلَو وَقَفَ فِي مَرَضِ مَوتِهِ: قَالَ الطَّحَاوِيُّ: هُوَ بِمَنزِلَةِ الوَصِيَّةِ بَعدَ المَوتِ. وَالصَّحِيحُ: أَنَّهُ لَا يَلزَمُهُ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَعِندَهُمَا: يَلزَمُهُ، إِلَّا أَنَّهُ يُعتَبَرُ مِن الثُّلُثِ، وَالوَقفُ فِي الصِّحَّةِ مِن جَمِيعِ المَالِ، وَإِذَا كَانَ المِلكُ يَزُولُ عِندَهُمَا يَزُولُ بِالقَولِ عِندَ أَبِي يُوسُفَ وَهُوَ قَولُ الشَّافِعِيِّ بِمَنزِلَةِ الإِعتَاقِ، لِأَنَّهُ إِسقَاطُ المِلكِ. وَعِندَ

فاجعلوه وقفًا إن دخلت الدار لا يجوز. ذكره في النوازل.

قوله: (**وهذا**)؛ أي: زوال ملك الواقف.

قوله: (**المولى**)؛ أي: الذي ولاه الخليفة عمل القضاء.

(**فأما المحكَّم**)؛ أي: الذي جعل حاكمًا باتفاق المتخاصمين (**ففيه اختلاف المشايخ**).

وفي الكافي: وإنما يزول ملك الواقف بالقضاء عنده لوقوع قضائه في فصل مجتهد فيه، وفي حكم الحكم الصحيح أنه لا يرتفع الخلاف.

قوله: (**قال الطحاوي: هو بمنزلة الوصية بعد الموت**) حتى لا يلزم؛ لأن تصرف المريض مرض الموت في الحكم كالمضاف إلى ما بعد الموت، حتى يعتبر من ثلث ماله.

قوله: (**لا يلزم** [٢/٤٩/أ]**عند أبي حنيفة**)؛ لأن ما باشره في مرضه كالمباشرة في صحته، حتى لا يلزم ولا يمتنع الإرث كالعارية، وعندهما: يلزم كالمباشرة في الصحة، إلا أنه يعتبر من ثلث المال لتعلق حق الورثة.

وفي النوازل: لو قال في مرضه: جعلتُ نُزُلَ كَرْمِي وَقفًا، وكان فيه تمرًا ولم يكن يصير الكرم وقفًا، وكذا لو قال: جعلتُ غَلّةَ كَرْمي وقفًا.

قوله: (**يزول بالقول عند أبي يوسف**) وهو قول الشافعي ومالك وأحمد وأكثر أهل العلم.

وفي المنية: والفتوى على قول أبي يوسف.

مُحَمَّد: لَا بُدَّ مِن التَّسلِيمِ إِلَى المُتَوَلِّي، لِأَنَّهُ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى، وَإِنَّمَا يَثبُتُ فِيهِ فِي ضِمنِ التَّسلِيمِ إِلَى العَبدِ، لِأَنَّ التَّملِيكَ مِن اللَّهِ تَعَالَى وَهُوَ مَالِكُ الأَشيَاءِ لَا يَتَحَقَّقُ مَقصُودًا، وَقَد يَكُونُ تَبَعًا لِغَيرِهِ فَيَأخُذُ حُكمَهُ فَيَنزِلُ مَنزِلَةَ الزَّكَاةِ وَالصَّدَقَةِ.

قَالَ: (وَإِذَا صَحَّ الوَقفُ عَلَى اختِلَافِهِم) وَفِي بَعضِ النُّسَخِ: «وَإِذَا استُحِقَّ» مَكَانَ قَولِهِ: «إِذَا صَحَّ» (خَرَجَ مِن مِلكِ الوَاقِفِ وَلَم يَدخُل فِي مِلكِ المَوقُوفِ عَلَيهِ) لِأَنَّهُ لَو دَخَلَ فِي مِلكِ المَوقُوفِ عَلَيهِ لَا يَتَوَقَّفُ عَلَيهِ، بَل يَنفُذُ بَيعُهُ كَسَائِرِ أَملَاكِهِ، وَلِأَنَّهُ لَو مَلَكَهُ لَمَا انتَقَلَ عَنهُ بِشَرطِ المَالِكِ الأَوَّلِ كَسَائِرِ أَملَاكِهِ. قَالَ ﷺ: قَولُهُ خَرَجَ عَن مِلكِ الوَاقِفِ يَجِبُ أَن يَكُونَ قَولُهُمَا عَلَى الوَجهِ الَّذِي سَبَقَ تَقرِيرُهُ.

وفي محيط السرخسي: ومشايخنا أخذوا بقول أبي يوسف؛ ترغيبًا للناس في الوقف، ومشايخ بخاري أخذوا بقول محمد.

(وقد يكون تبعا لغيره)؛ أي: ضمنا، كما في الزكاة، يكون ملكًا لله تعالى بواسطة كون المال ملكًا للفقير.

قوله: (إذا استحق)؛ أي: ثبت على اختلافهم، فعند أبي حنيفة بالحكم، وعند أبي يوسف وأكثر أهل العلم بمجرد القول، وعند محمد بالتسليم إلى المتولي.

(خرج عن ملك الواقف ولا يدخل في ملك الموقوف عليه) وبه قال الشافعي في الأصح، وأحمد في المشهور. وقال الشافعي في قول، وأحمد في رواية: يصير ملكا للموقوف عليه إن كان أهلا للملك، ولكن لا يباع ولا يورث ولا يوهب؛ لأنه صدقة عليه، فصار كالصدقة المنفذة.

وقلنا: لو ملك الموقوف عليه لنفذ بيعه وتصرفه كما في سائر أملاكه، لما انتقل عنه بشرائط المالك الأول، وهو الواقف. تفسيره: لو ملكه الموقوف عليه يجب ألا ينتقل عنه إلى الفقراء بشرط المالك الأول بقوله بعد هذا الموقوف للفقراء، فإن شرطه هكذا يصح بالاتفاق على ما يجيء.

قوله: (يجب أن يكون على قولهما) مطلقًا لا يستقيم. أجيب عنه: أنه قال: وإذا صح الوقف والصحة غير اللزوم، كالعقود الصحيحة الغير اللازمة من

قَالَ: (وَوَقفُ المُشَاعِ جَائِزٌ عِندَ أَبِي يُوسُفَ) لِأَنَّ القِسمَةَ مِن تَمَامِ القَبضِ، وَالقَبضُ عِندَهُ لَيسَ بِشَرط فَكَذَا تَتِمَّتُهُ .(وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا يَجُوزُ)(*)، لِأَنَّ أَصلَ القَبضِ عِندَهُ شَرطٌ فَكَذَا مَا يَتِمُّ بِهِ، وَهَذَا فِيمَا يَحتَمِلُ القِسمَةَ، وَأَمَّا فِيمَا لَا يَحتَمِلُ القِسمَةَ فَيَجُوزُ مَعَ الشُّيُوعِ عِندَ مُحَمَّد أَيضًا، لِأَنَّهُ يُعتَبَرُ بِالهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ المُنَفَّذَةِ ......

العارية والوكالة والمضاربة، فكان القول بخروج الوقف عن ملك الواقف إذا صح الوقف قولهما إلا إذا حكم به، فحينئذ خروجه قول الكل.

قوله: (ووقف المشاع جائز عند أبي يوسف) وبه قال الشافعي ومالك وأحمد؛ لأن القسمة من تمام القبض؛ لأن القبض للحيازة، وتمام الحيازة فيما يقسم بالقسمة.

(والقبض عنده)؛ أي: عند أبي يوسف (ليس بشرط فكذا تتمته) وهو القسمة، وهذا لأن الوقف إسقاط الملك كالإعتاق، والشيوع لا يمنع الإعتاق فلا يمنع الوقف أيضًا.

يؤيده: حديث عمر أنه أصاب مائة سهم من خيبر، واستأذن النبي عليه السلام فيها، فأمره عليه السلام بوقفها؛ لأن أصل القبض شرط عند محمد فيما يحتمل القسمة، فكذا ما تم به.

(فأما ما لا يحتمل القسمة)؛ أي: فيما تفوت منفعته بالقسمة أصلًا كالعبد أو يفوت (لأنه)؛ أي: محمد (يعتبره)؛ أي: الوقف، أي: الخاصة المُسلَّمة إلى الفقير، والصدقة الموقوفة هي التي نحن فيها، والمُنفَّذة لا تتم في مشاعٍ يحتمل القسمة، فكذا الموقوفة.

وفي الذخيرة: مشايخُ بلخٍ أخذوا بقول أبي يوسف في وقف المشاع، ومشايخ بخارى بقول محمد، وهذا الخلاف مبني على أن الوقف إسقاط الملك عند أبي يوسف كالإعتاق، فالشيوع لا يمنعه، وعند محمد كالهبة والصدقة؛ لأنه إزالة ملك إلى الله تعالى على الخلوص عند أبي يوسف، وتمليك من الله تعالى كالزكاة والصدقة عند محمد.

والفرق لأبي يوسف بين الصدقة المنفذة والوقف: أن الوقف لما تمَّ بإبطال

(*) الراجح: قول أبي يوسف.

إِلَّا فِي المَسجِدِ وَالمَقبَرَةِ، فَإِنَّهُ لَا يَتِمُّ مَعَ الشُّيُوعِ فِيمَا لَا يَحتَمِلُ القِسمَةَ أَيضًا عِندَ أَبِي يُوسُفَ، لِأَنَّ بَقَاءَ الشَّرِكَةِ يَمنَعُ الخُلُوصَ لِلَّهِ تَعَالَى، وَلِأَنَّ المُهَايَأَةَ فِيهِمَا فِي غَايَةِ القُبحِ بِأَن يُقبَرَ فِيهِ المَوتَى سَنَة، وَيُزرَعَ سَنَة وَيُصَلَّى فِيهِ فِي وَقتٍ وَيُتَّخَذَ اصطَبلًا فِي وَقتٍ، بِخِلَافِ الوَقفِ لِإِمكَانِ الِاستِغلَالِ وَقِسمَةِ الغَلَّةِ.

وَلَو وَقَفَ الكُلَّ ثُمَّ استُحِقَّ جُزءٌ مِنهُ بَطَلَ فِي البَاقِي عِندَ مُحَمَّد، لِأَنَّ الشُّيُوعَ مُقَارَنٌ كَمَا فِي الهِبَةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا رَجَعَ الوَاهِبُ فِي البَعضِ أَو رَجَعَ الوَارِثُ فِي الثُّلُثَينِ بَعدَ مَوتِ المَرِيضِ وَقَد وَهَبَهُ أَو أَوقَفَهُ فِي مَرَضِهِ وَفِي المَالِ ضِيقٌ، لِأَنَّ الشُّيُوعَ فِي ذَلِكَ طَارِئٌ.

الملك دون التمليك أشبه العتاق والطلاق وإبراء [الدين](١)، والمُنفَّذة تمليك، فلا بد فيها من القبض، والوقف لا يحتاج لعدم التمليك فيه.

قوله: (**إلا في المسجد والمقبرة**) استثناء من قول أبي يوسف، يعني: لا يصح وقف المسجد والمقبرة فيما لا يحتمل القسمة أيضًا، بأن كان الموضع صغيرًا لا يصلح لما أراده الواقف من المسجد والمقبرة على تقدير القسمة.

قوله: (**استحق جزء منه**)؛ أي: جزء شائع كالربع والنصف، أما لو استحق جزء معين منه لا يبطل الوقف عند محمد أيضًا؛ لأن هناك لا يتبين الشيوع المانع للوقف.

(**بطل في الباقي**)؛ أي: الغير المستحق، ورجع الباقي إلى الواقف إن كان حيًّا، وإلى ورثته إن كان ميّتًا؛ لأن الشيوع مقارن لا يتبين بالاستحقاق، وبطلان الصدقة في المستحق؛ لأنه علم أنه لم يكن يومئذ في ملكه، ولا أجاز مالكه، فلو جاز في غير المستحق المملوك كان ذلك وقف المشاع، وذا لا يجوز فيما تحل القسمة عنده.

قوله: (**لأن الشيوع في ذلك**)؛ أي: في [٢/٤٩/ب] الرجوع في الهبة والوقف في المرض (**طارئ**)؛ لأن حق الوارث إنما يثبت بعد الموت.

---

(١) في الأصل: (الوالدين) والمثبت من النسخة الثانية.

وَلَو استُحِقَّ جُزءٌ مُمَيَّزٌ بِعَينِهِ لَم يَبطُل فِي البَاقِي لِعَدَمِ الشُّيُوعِ وَلِهَذَا جَازَ فِي الِابتِدَاءِ، وَعَلَى هَذَا الهِبَةُ وَالصَّدَقَةُ المَملُوكَةُ.

قَالَ: (**وَلَا يَتِمُّ الوَقفُ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّد حَتَّى يَجعَلَ آخِرَهُ بِجِهَةٍ لَا تَنقَطِعُ أَبَدًا. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: إِذَا سَمَّى فِيهِ جِهَةً تَنقَطِعُ جَازَ، وَصَارَ بَعدَهَا لِلفُقَرَاءِ وَإِن لَم يُسَمِّهِم**)(*) . ...

قوله: (**وعلى هذا الهبة والصدقة المملوكة**)؛ أي: المُسلَّمة إلى الفقراء، فإن كان المستحق جزءًا شائعًا بطل عنده، وإذا كان مميزًا بقيت فيما بقي.

قوله: (**وقال أبو يوسف**) إلى آخره: في المبسوط[١]: في الحاصل أن أبا يوسف توسع في أمر الصدقة الموقوفة في قوله الآخر غاية التوسع، حتى جَوّزها في غير مقبوض، فكذلك غير مقسوم، وفي قوله الآخر، ضيق غاية التضييق كما هو قول أبي حنيفة، وقال: لا يلزم في الحياة، وتوسط محمد في ذلك، ولهذا أفتى عامة المشايخ بقول محمد، ثم قال: ومما توسع أبو يوسف أنه لا يشترط التأبيد، ومحمدٌ شَرَطَهُ، ثم قال بعد أوراق: إذا وقف على أمهات أولاده جاز، وإن لم يحتج من بقي منهن كان ميراثًا على فرائض الله تعالى، وهذا الشرط وهو أنه لم يبق من لم يحتج كان ميراثًا يجوز عند أبي يوسف؛ لعدم اشتراط التأبيد عنده، فعلى هذه الرواية ما ذكر في الكتاب.

(**قيل: إن التأبيد شرط بالإجماع**) إلى آخره: لا يَصِحّ، ولكن ذكر في الذخيرة والتتمة ما يوافق المذكور في الكتاب، والخلاف على هذا الوجه مذكور في شرح الطحاوي.

وذكر في المنتقى: ولا يجوز من الوقف إلا المؤبد، فإذا كان لقوم خاصٍّ لا يجوز الوقف عليهم. رواه بشر عن أبي يوسف، فهذا تنصيص أن التأبيد شرط عنده، وقد روى الحسن عن أبي مالك عن أبي يوسف: أن الوقف المؤقت باطل، فيحمل على الروايتين عند أبي يوسف.

(*) **الراجح: قول أبي يوسف.**

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٢/ ٤١).

لَهُمَا: أَنَّ مُوجَبَ الوَقفِ زَوَالُ المِلكِ بِدُونِ التَّملِيكِ، وَأَنَّهُ يَتَأَبَّدُ كَالعِتقِ، فَإِذَا كَانَت الجِهَةُ يُتَوَهَّمُ انقِطَاعُهَا لَا يَتَوَفَّرُ عَلَيهِ مُقتَضَاهُ، فَلِهَذَا كَانَ التَّوقِيتُ مُبطِلًا لَهُ كَالتَّوقِيتِ فِي البَيعِ. وَلِأَبِي يُوسُفَ: أَنَّ المَقصُودَ هُوَ التَّقَرُّبُ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى وَهُوَ مُوَفَّرٌ عَلَيهِ، لِأَنَّ التَّقَرُّبَ تَارَة يَكُونُ فِي الصَّرفِ إِلَى جِهَة تَنقَطِعُ وَمَرَّة بِالصَّرفِ إِلَى جِهَة تَتَأَبَّدُ فَيَصِحُّ فِي الوَجهَينِ وَقِيلَ: إِنَّ التَّأبِيدَ شَرطٌ بِالإِجمَاعِ، إِلَّا أَنَّ عِندَ أَبِي يُوسُفَ، لَا يُشتَرَطُ ذِكرُ التَّأبِيدِ، لِأَنَّ لَفظَةَ الوَقفِ وَالصَّدَقَةِ مُنبِئَةٌ عَنهُ لِمَا بَيَّنَّا: أَنَّهُ إِزَالَةُ المِلكِ بِدُونِ التَّملِيكِ كَالعِتقِ، وَلِهَذَا قَالَ فِي «الكِتَابِ» فِي بَيَانِ قَولِهِ: «وَصَارَ بَعدَهَا لِلفُقَرَاءِ

وذكر في المغني لابن قدامة: لو وقف على جهة تنقطع، يصح الوقف عندنا ومالك وأبي يوسف والشافعي في قول. وقال الشافعي في قول: لا يصح، وبه قال محمد بن الحسن[1].

وفي الكافي: قيل: قول أبي حنيفة كقول محمد كما ذكر في الكتاب.

قوله: (لهما: أن موجب الوقف زوال ملك) إلى آخره.

فإن قيل: كيف يستقيم هذا على قول أبي حنيفة، فإن عنده الوقف حبس العين على ملك الواقف ولم يزل ملكه.

قلنا: جعل في المبسوط والذخيرة والتتمة وغيرها زوال الملك بشرط التأبيد قول محمد خاصة، لا قول أبي حنيفة، فعلى ما ذكر في الكتاب أن يكون عن أبي حنيفة روايتان، أراد هاهنا ما إذا حكم الحاكم بصحته ولزومه، فحينئذ يخرج بالاتفاق، أو فرع أبو حنيفة على قول من يرى خروجه، وهو قولهما كما في مسائل المزارعة.

قوله: (وهو موفر)؛ أي: المقصود موفر على التقطيع؛ إذ التقرب تارة يكون تصرفه إلى جهة لا يتوهم انقطاعها، ومرة يكون تصرفه إلى جهة يتوهم انقطاعها، فيصح في الفصلين تحصيلًا لمقصود الواقف.

قوله: (ولهذا قال في الكتاب)؛ أي: القدوري **(في بيان قوله)**؛ أي: قول أبي يوسف.

---

(١) المغني لابن قدامة (٦/ ٢٢).

وَإِن لَم يُسَمِّهِم»، وَهَذَا هُوَ الصَّحِيحُ، وَعِندَ مُحَمَّد: ذِكرُ التَّأبِيدِ شَرطٌ، لِأَنَّ هَذَا صَدَقَةٌ بِالمَنفَعَةِ أَو بِالغَلَّةِ، وَذَلِكَ قَد يَكُونُ مُؤَقَّتا وَقَد يَكُونُ مُؤَبَّدًا فَمُطلَقُهُ لَا يَنصَرِفُ إِلَى التَّأبِيدِ، فَلَا بُدَّ مِن التَّنصِيصِ.

(وهذا)؛ أي: كون التأبيد شرطا، وذكره غير شرط عند أبي يوسف (هو الصحيح).

وفي الذخيرة، والأسرار: لو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة مؤبدة، تصير وقفًا بالإجماع، ولو لم يقل مؤبدة، تصير وقفا في قول عامة من يجيز الوقف، إذ الصدقة تثبت مؤبدة؛ لأنها لا تحتمل الفسخ كالإعتاق، وإذا انقطعت الجهة تتفرق وتصرف إلى المساكين، وبه قال مالك وأحمد في رواية والشافعي في قول. [وقال الشافعي في قول:](١) تصرف إلى أقارب الواقف المحتاجين، وبه قال أحمد في رواية. وعن أحمد: يوضع في بيت المال.

وفي الخبازية: لو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة مؤبّدة حال حياتي وبعد مماتي، أو يقول: هي حبس مؤبّدة، أو يقول: صدقة محرمة مؤبّدة حال حياتي وبعد مماتي يصير لازمًا بالاتفاق.

والخلاف في عدم اللزوم بين أبي حنيفة وصاحبيه، فيما إذا حذف الإضافة إلى ما بعد الموت، ولو حذف التأبيد عن هذه الألفاظ يصير وقفا في قول عامة من يجيز الوقف، وفي قول يوسف بن خالد السمتي البصري لا يصير وقفا، ولو حذف الصدقة والوقف عن هذه الألفاظ، مثل أن يقول: أرضي هذه حبستها أو حرمتها لا يصير وقفا، ولو حذف الصدقة إلا في رواية عن أبي يوسف؛ لأن ذكر الوقف مطلقًا ينصرف إلى الفقراء، أما لو قال: وقفت أرضي هذه، ولم يزد على هذا؛ روي عن أبي يوسف: تصير وقفا، بمنزلة قوله: موقوفة. كذا في الفتاوى.

وفي قوله: (هذه صدقة بالمنفعة أو بالغلة) ليس قول محمد، بل قول أبي حنيفة؛ لأن عنده حبس العين على ملك الواقف، والتصدق بالغلة والثمرة، إلّا

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

قَالَ: (وَيَجُوزُ وَقفُ العَقَارِ) لِأَنَّ جَمَاعَة مِن الصَّحَابَةِ - رِضوَانُ اللَّهِ عَلَيهِم - وَقَفُوهُ (وَلَا يَجُوزُ وَقفُ مَا يُنقَلُ وَيُحَوَّلُ) قَالَ ﷺ: وَهَذَا عَلَى الإِرسَالِ قَولُ أَبِي حَنِيفَةَ (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: إِذَا وَقَفَ ضَيعَة بِبَقَرِهَا وَأَكَرَتِهَا وَهُم عَبِيدُهُ جَازَ) وَكَذَا سَائِرُ آلَاتِ الحِرَاسَةِ، لِأَنَّهُ تَبَعٌ لِلأَرضِ فِي تَحصِيلِ مَا هُوَ المَقصُودُ، وَقَد يَثبُتُ مِن الحُكمِ تَبَعا مَا لَا يَثبُتُ مَقصُودا كَالشُّربِ فِي البَيعِ وَالبِنَاءِ فِي الوَقفِ، وَمُحَمَّدٌ مَعَهُ فِيهِ، ....

أن يراد أن يكون التصدق بالمنفعة أو الغلة في ضمن إزالة العين إلى الله تعالى.

قوله: (وهذا على الإرسال)؛ أي: الإطلاق، أي: في قوله في الكتاب: [٢/ ٥٠/أ] ولا يجوز وقف ما ينقل ويحوّل مطلقًا، من غير ذكر خلاف **(قول أبي حنيفة)** وأما عند أبي يوسف: يجوز تبعًا للعقار، وعند محمد: يجوز مطلقًا فيما هو متعارف. ذكره في المبسوط وغيره.

وقال الشافعي وأحمد ومالك: يجوز وقف كل ما ينتفع به مع بقاء عينه. وعن مالك في الكراع والسلاح روايتان، أما وقف ما لا ينتفع به إلا بالإتلاف، كالذهب والفضة والمأكول والمشروب فغير جائز في قول سائر العلماء والفقهاء، إلا ما حكي عن مالك والأوزاعي أن وقف الطعام يجوز، ولم يَحْكِهِ أصحاب مالك، وليس بصحيح.

والمراد بالذهب والفضة: الدراهم والدنانير، وما ليس بحلي. أما الحلي فيصح وقفه عند أحمد والشافعي؛ لما أن حفصة بنت عمر زوج النبي ﷺ ابتاعت حُلِيًّا بعشرين ألفًا، فحبسته على نساء الخطاب، فكانت لا تخرج زكاته.

وعن أحمد: لا يصح وقفها، وأنكر الحديث. كذا في المغني لابن قدامة(١).

وفي الحلية: إذا صححنا إجارة الدراهم والدنانير يجوز وقفها. وليس بشيء(٢).

قوله: (ومحمد معه)؛ أي: مع أبي يوسف **(فيه)**؛ أي: جواز وقف المنقول تبعًا.

---

(١) المغني لابن قدامة (٦/ ٣٥).

(٢) حلية العلماء للشاشي (٦/ ١١).

لِأَنَّهُ لَمَّا جَازَ إِفْرَادُ بَعضِ المَنقُولِ بِالوَقفِ عِندَهُ، فَلَأَن يَجُوزَ الوَقفُ فِيهِ تَبَعا أَولَى.

(وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَجُوزُ حَبسُ الكُرَاعِ وَالسِّلَاحِ)(*) وَمَعنَاهُ: وَقفُهُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ، وَأَبُو يُوسُفَ مَعَهُ فِيهِ عَلَى مَا قَالُوا، وَهُوَ استِحسَانٌ. وَالقِيَاسُ: أَن لَا يَجُوزَ لِمَا بَيَّنَّاهُ مِن قَبلُ.

وَجهُ الِاستِحسَانِ: الآثَارُ المَشهُورَةُ فِيهِ: مِنهَا قَولُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «وَأَمَّا خَالِدٌ فَقَد حَبَسَ أَدرُعًا وَأَفرَاسًا لَهُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ تَعَالَى» وَطَلحَةُ حَبَسَ دُرُوعَهُ

(**لأنه**)؛ أي: لأن وقف المنقول (**لما جاز إفراد بعض المنقول**)؛ أي: البعض الذي فيه تعامل.

وفي المبسوط، والمحيط: لو وقف ظهر دابة على المساكين لا يجوز عندنا بالاتفاق، وأما عند أبي يوسف لا يرى وقف المنقول إلا تبعا. وعند محمد: يعتبر العرف، ولا عرف في هذه الصورة، وكذا لو أوصى بظهر دابته للمساكين فهو باطل، أما لو أوصى بظهرها لإنسان معلوم يركبها في حاجته يجوز بالاتفاق؛ لأنه وصية بالإعارة منه.

الأكرة: جمع أُكارٍ، وهو الزَّرَّاع، كأنها جمع آكِر[1] في التقدير، كالشرب في البيع؛ فإنه يجوز بيعه تبعًا لا قصدًا، وهو كثير النظير، كالأضحية، والإقامة من الجندي أو العبد أو المرأة، وكذا البناء فإنه منقول يجوز وقفها، كوقف الرباطات والخانات.

والكراع: اسم لجمع الخيل، والكراع في البعير والبقر والغنم، وهو مُستِدقُّ السّاق يذكر ويؤنث، والجمع أكرع ثم أكارع. كذا في الصحاح[2]، والمراد هنا الأول.

قوله: (حبس دروعه) روي أن عمر رضي الله عنه شكا من خالد بن الوليد حين منع الزكاة، فقال ﷺ: «**لا تَظلِموا خالِدًا فإنهُ حَبَسَ دُروعَهُ وأكْرِعَتَهُ**

(*) **الراجح: قول أبي يوسف.**

(١) في النسختين: (أكثر) والمثبت من العناية شرح الهداية (٦/ ٢١٦).

(٢) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية للجوهري (٣/ ١٢٧٥).

فِي سَبِيلِ اللَّهِ تَعَالَى(*) وَيُروَى: أَكرَاعَهُ. وَالكُرَاعُ: الخَيلُ. وَيَدخُلُ فِي حُكمِهِ الإِبِلُ؛ لِأَنَّ العَرَبَ يُجَاهِدُونَ عَلَيهَا، وَكَذَا السِّلَاحُ يُحمَلُ عَلَيهَا، وَعَن مُحَمَّد: أَنَّهُ يَجُوزُ وَقفُ مَا فِيهِ تَعَامُلٌ مِن المَنقُولَاتِ كَالفَأسِ وَالمَرِّ وَالقَدُّومِ وَالمِنشَارِ وَالجِنَازَةِ وَثِيَابِهَا وَالقُدُورِ وَالمَرَاجِلِ وَالمَصَاحِفِ.

وَعِندَ أَبِي يُوسُفَ: لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّ القِيَاسَ إِنَّمَا يُترَكُ بِالنَّصِّ، وَالنَّصُّ وَرَدَ فِي الكُرَاعِ وَالسِّلَاحِ فَيُقتَصَرُ عَلَيهِ.

وَمُحَمَّدٌ يَقُولُ: القِيَاسُ قَد يُترَكُ بِالتَّعَامُلِ كَمَا فِي الِاستِصنَاعِ، وَقَد وُجِدَ التَّعَامُلُ فِي هَذِهِ الأَشيَاءِ. وَعَن نُصَيرِ بنِ يَحيَى: أَنَّهُ وَقَفَ كُتُبَهُ إِلحَاقًا لَهَا بِالمَصَاحِفِ، وَهَذَا صَحِيحٌ، لِأَنَّ كُلَّ وَاحِد يُمسَكُ لِلدِّينِ تَعلِيمًا وَتَعَلُّمًا وَقِرَاءَة، وَأَكثَرُ فُقَهَاءِ الأَمصَارِ عَلَى قَولِ مُحَمَّد، وَمَا لَا تَعَامُلَ فِيهِ لَا يَجُوزُ عِندَنَا وَقفُهُ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: كُلُّ مَا يُمكِنُ الِانتِفَاعُ بِهِ مَعَ بَقَاءِ أَصلِهِ وَيَجُوزُ بَيعُهُ، يَجُوزُ وَقفُهُ؛ لِأَنَّهُ يُمكِنُ الِانتِفَاعُ بِهِ، فَأَشبَهَ العَقَارَ وَالكُرَاعَ وَالسِّلَاحَ. وَلَنَا: أَنَّ الوَقفَ فِيهِ لَا يَتَأَبَّدُ،

في سَبيلِ اللهِ»(١)، وفي رواية: «أكراعه». والكراع: الخيل. وروي أنه اجتمع في خلافة عمر رضي الله عنه ثلاثمائة فرس، مكتوب على أفخاذها: حبس في سبيل الله.

قوله: (والإبل) تدخل في حكمه بالدلالة كما ذكر في الكتاب، مع أنه روي أن أم معقل جاءت إلى النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله، إن أبا معقل جعل ناضحه في سبيل الله، فإني أريد الحج أفأركبه؟ فقال عليه السلام: «**اِرْكَبيهِ فإنّ الحَجَّ والعُمرةَ مِن سَبيلِ اللهِ**»(٢).

قوله: (فأشبه)؛ أي: ما ينتفع به مع بقاء أصله **(العقار والكراع)** مع أن البخاري روى أنه عليه السلام قال في قصة عمر رضي الله عنه: «**إن خالدًا حبسَ أدرُعَهُ وأعبُدَهُ**».

(*) أخرجه البخاري (٢/ ١٢٢ برقم ١٤٦٨) ومسلم (٢/ ٦٧٦ برقم ٩٨٣) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(١) سبق تخريجه.

(٢) أخرجه أبو داود (٢/ ٢٠٤ برقم ١٩٨٨) والحاكم (١/ ٦٥٦ برقم ١٧٧٤) من حديث أم معقل رضي الله عنها. وقال: هَذَا حَدِيثٌ صَحِيحٌ عَلَى شَرْطِ مُسْلِمٍ، وَلَمْ يُخَرِّجَاهُ.

وَلَا بُدَّ مِنهُ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ فَصَارَ كَالدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ، بِخِلَافِ العَقَارِ، وَلَا مُعَارِضَ مِن حَيثُ السَّمعُ وَلَا مِن حَيثُ التَّعَامُلُ فَبَقِيَ عَلَى أَصلِ القِيَاسِ.

وَهَذَا لِأَنَّ العَقَارَ يَتَأَبَّدُ، وَالجِهَادُ سَنَامُ الدِّينِ، فَكَانَ مَعنَى القُربَةِ فِيهِمَا أَقوَى فَلَا يَكُونُ غَيرُهُمَا فِي مَعنَاهُمَا.

قَالَ: (وَإِذَا صَحَّ الوَقفُ لَم يَجُزْ بَيعُهُ وَلَا تَملِيكُهُ، إِلَّا أَن يَكُونَ مَشَاعًا عِندَ أَبِي

قوله: (ولا معارض من حيث السمع)؛ يعني: القياس يقتضي عدم جواز وقف المنقول، إذ شرط صحة الوقف التأبيد، ولا تأبيد في المنقول، إلا أن السمع ورد في الكراع والسلاح والتعامل، وورد في الفأس والقدوم والمراجل - وهو القُدور - والمصاحف والكتب على قول فقهاء الأمصار، إذ التعامل أقوى من القياس؛ لقوله ﷺ: «مَا رَآهُ المُسلمونَ حَسَنًا»[1]، ولأنه بمنزلة الإجماع كالاستصناع، فبقي الباقي على أصل القياس، ولا يلحق دلالة لما ذكر في الكتاب. وأما رواية البخاري: «وأعبده» إذ في رواية: «وأعتاده» وهي آلة الحرب، لا أعبده.

وقال بعض مشايخنا: على قياس التعامل ينبغي أن يجوز فيما جرى فيه التعامل.

وفي القنية: قال صاحب المحيط: وقف مائة وخمسين دينارًا على مرضى الصوفية يصح، ويدفع الذهب إلى إنسان مضاربة ليستعملها ويصرف الربح.

وفي المحيط: وكذا وقف الدراهم والمكيل والموزون.

قال تاج الدين: لا يجوز صرف الأدوية الموقوفة في المارستان إلى الغني، ولا يصح وقف الأدوية فيه إلا [إذا ذكر][2] الفقراء، ولو قال: على الفقراء والأغنياء يجوز، ويدخل الأغنياء تبعًا.

قوله: (وإذا صح الوقف لم يجز بيعه ولا تمليكه) بلا خلاف بين الفقهاء (إلا أن يكون مشاعًا) فحينئذ تجوز قسمته، واستثنى القسمة من البيع بطريق التجوز والاتساع، إذ في القسمة معنى البيع من وجه.

---

(١) أخرجه الحاكم (٣/ ٨٣ برقم ٤٤٦٥) من حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه.
قال الحاكم: هَذَا حَدِيثٌ صَحِيحُ الْإِسْنَادِ، وَلَمْ يُخَرِّجَاهُ.

(٢) في الأصل: (اذكر) والمثبت من النسخة الثانية.

يُوسُفَ فَيَطلُبُ الشَّرِيكُ القِسمَةَ فَيَصِحُّ مُقَاسَمَتُهُ) أَمَّا امتِنَاعُ التَّملِيكِ فَلِمَا بَيَّنَّا.

وَأَمَّا جَوَازُ القِسمَةِ فَلِأَنَّهَا تَميِيزٌ وَإِفرَازٌ، غَايَةُ الأَمرِ: أَنَّ الغَالِبَ فِي غَيرِ المَكِيلِ وَالمَوزُونِ مَعنَى المُبَادَلَةِ، إِلَّا أَنَّ فِي الوَقفِ جَعَلنَا الغَالِبَ مَعنَى الإِفرَازِ نَظَرًا لِلوَقفِ، فَلَم تَكُن بَيعًا وَتَملِيكًا؛ ثُمَّ إِن وَقَفَ نَصِيبَهُ مِن عَقَار مُشتَرَك فَهُوَ الَّذِي يُقَاسِمُ شَرِيكَهُ؛ لِأَنَّ الوِلَايَةَ لِلوَاقِفِ وَبَعدَ المَوتِ إِلَى وَصِيَّة، وَإِن وَقَفَ نِصفَ عَقَارٍ خَالِصٍ لَهُ فَالَّذِي يُقَاسِمُهُ القَاضِي أَو يَبِيعُ نَصِيبَهُ البَاقِي مِن رَجُل، ثُمَّ يُقَاسِمُهُ المُشتَرِي ثُمَّ يَشتَرِي ذَلِكَ مِنهُ، لِأَنَّ الوَاحِدَ لَا يَجُوزُ أَن يَكُونَ مُقَاسِمًا وَمُقَاسَمًا، وَلَو كَانَ فِي القِسمَةِ فَضلُ دَرَاهِمَ إِن أَعطَى الوَاقِفَ لَا يَجُوزُ لِامتِنَاعِ بَيعِ الوَقفِ،

وفي الكافي: ولا تنقسم، أي: إذا قضى قاض بجواز وقف المشاع نفذ قضاؤه، وصار [٢/ ٥٠/ب] متفقًا عليه كسائر المختلفات، فإن طلب بعضهم القسمة، قال أبو حنيفة: لا يقسم ويتهايؤون. وقال أبو يوسف ومحمد: يقسم، وبه قالت الأئمة الثلاثة.

وأجمع أصحابنا أن الكل لو كان وقفًا على الأرباب فأرادوا القسمة لا يقسم. كذا في المحيط.

قوله: (فلمّا بينّا) وهو ما ذكر ما قاله النبي ﷺ لعمر رضي الله عنه «**تَصَدَّقْ بِأَصْلِها لَا يُباعُ وَلَا يوهَبُ**»[1] وما ذكر من المعنى (أن الحاجة ماسة) إلى آخره، إذ البيع ينافي مقصود الوقف، فلا يصح كالبيع بعد التدبير.

(وأما جواز القسمة)؛ أي: عندهما، أما عند أبي حنيفة لا يجوز؛ لأن القسمة بيع معنى لاشتمالها على الإقرار والمبادلة، ومعنى المبادلة راجح في غير المثليات.

(فهو الذي)؛ أي: الواقف يقاسم شريكه لا القاضي.

قوله: (ويكون بقدر الدراهم شراء) وما اشتراه بالدراهم له وليس بوقف. كذا في فتاوى الظهيرية، والكافي.

وفي النهاية: ويصير الواقف مشتريًا شيئًا بمقابلة الدراهم وواقفًا لذلك

---

(١) سبق تخريجه.

وَإن أَعطى الوَاقِفَ جَازَ وَيكُونُ بِقَدرِ الدَّرَاهِمِ شِرَاءً. قَالَ: (وَالوَاجِبُ أَن يُبتَدَأَ مِن ارتِفَاعِ الوَقفِ بِعِمَارَتِهِ شَرَطَ ذَلِكَ الوَاقِفُ أَو لَم يَشتَرِطْ) لِأَنَّ قَصدَ الوَاقِفِ صَرفُ الغَلَّةِ مُؤَبَّدًا، وَلَا تَبقَى دَائِمَة إلَّا بِالعِمَارَةِ فَيَثبُتُ شَرطُ العِمَارَةِ اقتِضَاء، وَلِأَنَّ الخَرَاجَ بِالضَّمَانِ وَصَارَ كَنَفَقَةِ العَبدِ المُوصَى بِخِدمَتِهِ، فَإِنَّهَا عَلَى المُوصَى لَهُ بِهَا. ثُمَّ إنْ كَانَ الوَقفُ عَلَى الفُقَرَاءِ لَا يَظفَرُ بِهِم، وَأَقرَبُ أَموَالِهِم هَذِهِ الغَلَّةُ فَتَجِبُ فِيهَا. وَلَو كَانَ الوَقفُ عَلَى رَجُل بِعَينِهِ وَآخِرُهُ لِلفُقَرَاءِ فَهُوَ فِي مَالِهِ: أَيِّ مَالٍ شَاءَ فِي حَالِ حَيَاتِهِ. وَلَا يُؤخَذُ مِن الغَلَّةِ؛ لِأَنَّهُ مُعَيَّنٌ يُمكِنُ مُطَالَبَتُهُ، وَإِنَّمَا يَستَحِقُّ العِمَارَةَ عَلَيهِ بِقَدرِ مَا يَبقَى المَوقُوفُ عَلَى الصِّفَةِ الَّتِي وَقَفَهُ، وَإِن خَرِبَ يُبنَى عَلَى ذَلِكَ الوَصفِ؛ لِأَنَّهَا بِصِفَتِهَا صَارَت غَلَّتُهَا مَصرُوفَة إلَى المَوقُوفِ عَلَيهِ. فَأَمَّا الزِّيَادَةُ عَلَى ذَلِكَ فَلَيسَت بِمُستَحَقَّة عَلَيهِ، وَالغَلَّةُ مُستَحَقَّةٌ فَلَا يَجُوزُ صَرفُهَا إلَى شَيء آخَرَ إلَّا بِرِضَاهُ، وَلَو كَانَ الوَقفُ عَلَى الفُقَرَاءِ فَكَذَلِكَ عِندَ البَعضِ، وَعِندَ الآخَرِينَ يَجُوزُ ذَلِكَ، ....

الشيء الذي اشتراه فيجوز.

قوله: (**إن أعطى الواقف**)[١] على إعرابين: بلفظ أَعْطَى، على بناء الفاعل ونصب الواقف، وبلفظ أُعْطِيَ، على بناء المفعول ورفع الواقف، [تقديره]:[٢] إن أعطى المشتري الواقف لا يجوز فيصير الواقف تابعًا للوقف.

قوله: (**لأن الخراج بالضمان**) لفظ الحديث أيضًا، وهو من جوامع الكلم، وفي معناه: الغرم بالغنم، جرى لفظ الحديث مجرى المثل، واستعمل في كل مضرة بمقابلة منفعة، والمراد بالخراج: ما يخرج من الأرض، والنفع من ملك إنسان، وبالضمان المؤنة.

قوله: (**لا يظفر بهم**)؛ أي: لا يؤاخذ الفقراء بعمارته؛ لأنه ليس لهم شيء، أو هم غير معدودين.

(**وأقرب أموالهم**)؛ أي: أموال الفقراء إلى المتولي فيجب فيها.

وعن أحمد: ويحتمل أن تكون في بيت المال.

---

(١) في الأصل تكررت عبارة (إن أعطى) والمثبت من النسخة الثانية.

(٢) انظر ص ٥٤٠.

وَالأَوَّلُ أَصَحُّ، لِأَنَّ الصَّرفَ إِلَى العِمَارَةِ ضَرُورَةُ إِبقَاءِ الوَقفِ وَلَا ضَرُورَةَ فِي الزِّيَادَةِ.

قَالَ: (فَإِن وَقَفَ دَارًا عَلَى سُكنَى وَلَدِهِ فَالعِمَارَةُ عَلَى مَن لَهُ سُكنَى) لِأَنَّ الخَرَاجَ بِالضَّمَانِ عَلَى مَا مَرَّ، فَصَارَ كَنَفَقَةِ العَبدِ المُوصَى بِخِدمَتِهِ (فَإِن امتَنَعَ مِن ذَلِكَ، أَو كَانَ فَقِيرًا آجَرَهَا الحَاكِمُ وَعَمَّرَهَا بِأُجرَتِهَا، وَإِذَا عَمَّرَهَا رَدَّهَا إِلَى مَن لَهُ السُّكنَى) لِأَنَّ فِي ذَلِكَ رِعَايَةَ الحَقَّينِ، حَقِّ الوَاقِفِ وَحَقِّ صَاحِبِ السُّكنَى، لِأَنَّهُ لَو لَم يُعَمِّرهَا تَفُوتُ السُّكنَى أَصلا، وَالأَوَّلُ أَولَى، وَلَا يُجبَرُ المُمتَنِعُ عَلَى العِمَارَةِ لِمَا فِيهِ مِن إِتلَافِ مَالِهِ فَأَشبَهَ امتِنَاعَ صَاحِبِ البَذرِ فِي المُزَارَعَةِ، فَلَا يَكُونُ امتِنَاعُهُ رِضًا مِنهُ بِبُطلَانِ حَقِّهِ، لِأَنَّهُ فِي حَيِّزِ التَّرَدُّدِ، وَلَا تَصِحُّ إِجَارَةُ مَن لَهُ السُّكنَى، لِأَنَّهُ غَيرُ مَالِك.

قوله: (والأول أصح) وهو ألا يكون البناء الثاني زائدا على الأول.

وفي الذخيرة: وقف أرضه على المساكين ولم يذكر عمارته، فعمارتها في غلتها؛ لأن العمارة وإن لم تكن مشروطة هنا نصًّا فهي مشروطة اقتضاءً، إذ مقصود الوقف وهو إدرار الغلة مؤبدا على المساكين لا يحصل إلا بإصلاحها، والثابت اقتضاء ثابت ضرورة، والضرورة تندفع بالبناء الأول.

قوله: (والأول أولى) وهو إجازة الحاكم وعمارتها بأجرتها، والثاني: تركها لما في العمارة رعاية حق الواقف والمساكين، وفي الترك فوات حق الواقف أصلًا، ويتأخر حق صاحب السكنى، فكان التأخير أولى من الإبطال، ذكره في الزاد.

قوله: (لأنه)؛ أي: الامتناع في حيز التردد، فإن الامتناع يحتمل أن يكون لبطلان حقه، ويحتمل أن يكون لنقصان ماله في الحال، ولرجائه إصلاح القاضي وعمارته ثم رده إليه.

(لأنه غير مالك)؛ أي: للرقبة. وعن الشافعي وأحمد في رواية: له الإجارة؛ لأن له ولاية عليه في قول، ولا يلزم المستأجر فإنه غير مالك للدار، ومع أنه يجوز له أن يؤاجرها من آخر للسكنى، وكذا في كل عمل لا تختلف العين باختلاف المستعمل؛ لأن هناك ملك المستأجر المنفعة بالإجارة، وهنا أبيحت المنفعة للموقوف عليه، ولأن الدار قامت مقام المنفعة في الإجارة

قَالَ: (وَمَا انهَدَمَ مِن بِنَاءِ الوَقفِ وَآلَتِهِ صَرَفَهُ الحَاكِمُ فِي عِمَارَةِ الوَقفِ إن احتَاجَ إلَيهِ، وَإن استَغنَى عَنهُ أَمسَكَهُ حَتَّى يَحتَاجَ إلَى عِمَارَتِهِ فَيَصرِفَهُ فِيهِمَا)؛ لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِن العِمَارَةِ لِيَبقَى عَلَى التَّأبِيدِ فَيَحصُلَ مَقصُودُ الوَاقِفِ. فَإِن مَسَّتِ الحَاجَةُ إلَيهِ فِي الحَالِ صَرَفَهَا فِيهَا، وَإِلَّا أَمسَكَهَا حَتَّى لَا يَتَعَذَّرَ عَلَيهِ ذَلِكَ أَوَانَ الحَاجَةِ فَيَبطُلُ المَقصُودُ، وَإِن تَعَذَّرَ إعَادَةُ عَينِهِ إلَى مَوضِعِهِ بِيعَ وَصُرِفَ ثَمَنُهُ إلَى المَرَمَّةِ صَرفًا لِلبَدَلِ إلَى مَصرِفِ المُبدَلِ (وَلَا يَجُوزُ أَن يَقسِمَهُ) يَعنِي النُّقضَ (بَينَ مُستَحَقِّي الوَقفِ) لِأَنَّهُ جُزءٌ مِن العَينِ وَلَا حَقَّ لِلمَوقُوفِ عَلَيهِم فِيهِ: وَإِنَّمَا حَقُّهُم فِي المَنَافِعِ، وَالعَينُ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى فَلَا يَصرِفُ إلَيهِم غَيرَ حَقِّهِم.

قَالَ: (وَإِذَا جَعَلَ الوَاقِفُ غَلَّةَ الوَقفِ لِنَفسِهِ أَو جَعَلَ الوِلَايَةَ إلَيهِ جَازَ عِندَ أَبِي يُوسُفَ)(*) قَالَ رضي الله عنه: ذَكَرَ فَصلَينِ: شَرطَ الغَلَّةِ لِنَفسِهِ وَجَعلَ الوِلَايَةِ إلَيهِ. أَمَّا

تصحيحًا للعقد؛ لأن المنفعة معدومة، فيكون العقد واردًا على الدار، فصارت كأن المستأجر مالكًا لرقبتها، أما الوقف يصدق بالمنفعة بغير عوض، فلا تجعل الدار مقام المنفعة.

وفي المحيط: لمّا ملك المنفعة بغير عوض صار كالمستعير والموصى له بالسكنى؛ لأنه أجرها وكان مالكًا زيادة على ما ملكه، ولا يجوز له التمليك أكثر مما ملكه.

قوله: (وآلته) تجوز بالجر عطفا على البناء، ويجوز بالرفع عطفًا على ما الموصولة في **قوله**: (ما انهدم) وهو المنقول عن الثقات؛ لأنه لا يقال: انهدمت الآلة.

والنقض ـ بضم النون ـ : البناء المنقوض، والجمع نقوض. وعن الغوري: النقض بالكسر لا غير. كذا في المغرب[1]. وفي الصحاح ذكره بالكسر لا غير.

وعند الشافعي وأحمد في [قول][2]: يملكه مستحقه يقسم بينهم.

قوله: (جائز عند أبي يوسف) وبه قال أحمد وابن أبي ليلى وابن شبرمة

(*) الراجح: قول أبي يوسف.

(١) المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي (ص ٤٧٣).

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

الأَوَّلُ: فَهُوَ جَائِزٌ عِندَ أَبِي يُوسُفَ، وَلَا يَجُوزُ عَلَى قِيَاسِ قَولِ مُحَمَّد، وَهُوَ قَولُ هِلَال الرَّازِيِّ وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ. وَقِيلَ: إنَّ الِاختِلَاف بَينَهُمَا بِنَاء عَلَى الِاختِلَافِ فِي اشتِرَاطِ القَبضِ وَالإِفرَازِ. وَقِيلَ: هِيَ مَسأَلَةٌ مُبتَدَأَةٌ، وَالخِلَافُ فِيمَا إِذَا شَرَطَ البَعضَ لِنَفسِهِ فِي حَيَاتِهِ وَبَعدَ مَوتِهِ لِلفُقَرَاءِ، وَفِيمَا إِذَا شَرَطَ الكُلَّ لِنَفسِهِ فِي حَيَاتِهِ وَبَعدَ مَوتِهِ لِلفُقَرَاءِ سَوَاءٌ؛ وَلَو وَقَفَ وَشَرَطَ البَعضَ أَو الكُلَّ لِأُمَّهَاتِ أَولَادِهِ وَمُدَبَّرِيهِ مَا دَامُوا أَحيَاء، فَإِذَا مَاتُوا فَهُوَ لِلفُقَرَاءِ وَالمَسَاكِينِ، فَقَد قِيلَ: يَجُوزُ بِالِاتِّفَاقِ، وَقَد قِيلَ: هُوَ عَلَى الخِلَافِ أَيضًا، وَهُوَ الصَّحِيحُ، لِأَنَّ اشتِرَاطَهُ لَهُم فِي حَيَاتِهِ كَاشتِرَاطِهِ لِنَفسِهِ.

والزبيدي، وابن سريج من أصحاب الشافعي، ولا يجوز على قياس قول محمد؛ لأن التسليم إلى المتولى شرط عنده لصحته.

(وهو)؛ أي: قول محمد **(قول هلال الرازي)** والشافعي ومالك.

وفي فتاوى قاضي خان: ذكر الصدر الشهيد أن الفتوى على قول أبي يوسف؛ ترغيبًا للناس في الوقف.

وفي الكافي: الخلاف فيما إذا شرط بعض الغلة لنفسه في حياته وبعده للفقراء سواء.

وقيل: الاختلاف بينهما بناء على اشتراط القبض، فعند محمد شرط لأن التسليم إلى المتولي شرط لصحة [٢/ ٥١/أ] الوقف عنده، إذ بالتسليم يخرج عن ملكه إلى الله، وينقطع اختصاصه به، وشرط الغلة لنفسه ينافي ذلك. وقيل: هي مسألة مبتدأة.

قال الهندواني: ليس في هذا عن محمد رواية ظاهرة إلا شيء ذكره في كتاب الوقف، قال: إذا وقف على أمهات أولاده جاز؛ لأن الوقف عليهن بمنزلة الوقف على نفسه؛ لأن ما يكون لأم ولده حال حياته يكون له.

قوله: (وهو الصحيح) احتراز عن القول الأول، وهو القول بالجواز بالاتفاق، ولكن مخالف لرواية المبسوط، والمحيط، والذخيرة، والتتمة، وفتاوى قاضي خان، فإن فيها جعل جواز الوقف عليهن بالاتفاق، فقال في المبسوط: وهذا على قول أبي يوسف ظاهر، فإن عنده لو شرط بعض الغلة أو

وَجهُ قَولِ مُحَمَّد ﷺ: أَنَّ الوَقفَ تَبرُّعٌ عَلَى وَجهِ التَّملِيكِ بِالطَّرِيقِ الَّذِي قَدَّمنَاهُ، فَاشتِرَاطُهُ البَعضَ أَو الكُلَّ لِنَفسِهِ يُبطِلُهُ؛ لِأَنَّ التَّملِيكَ مِن نَفسِهِ لَا يَتَحَقَّقُ فَصَارَ كَالصَّدَقَةِ المُنَفَّذَةِ، وَشَرط بَعض بُقعَةِ المَسجِدِ لِنَفسِهِ.

وَلِأَبِي يُوسُفَ: مَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كَانَ يَأكُلُ مِن صَدَقَتِهِ» وَالمُرَادُ مِنهَا صَدَقَتُهُ المَوقُوفَةُ، وَلَا يَحِلُّ الأَكلُ مِنهَا إِلَّا بِالشَّرطِ، فَدَلَّ عَلَى صِحَّتِهِ، وَلِأَنَّ الوَقفَ إِزَالَةُ المِلكِ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى عَلَى وَجهِ القُربَةِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، فَإِذَا شَرَطَ البَعضَ أَو الكُلَّ لِنَفسِهِ، فَقَد جَعَلَ مَا صَارَ مَملُوكًا لِلَّهِ تَعَالَى لِنَفسِهِ، لَا أَنَّهُ يَجعَلُ مِلكَ نَفسِهِ لِنَفسِهِ، وَهَذَا جَائِزٌ، كَمَا إِذَا بَنَى خَانًا أَو سِقَايَة أَو جَعَلَ أَرضَهُ مَقبَرَة، وَشَرَطَ ....

كلها لنفسه جاز، فلأمهات أولاده أولى، وإنما الإشكال على قول محمد، فإنه لا يجوز اشتراط ذلك لنفسه، واشتراط الغلة لأمهات أولاده كاشتراطه لنفسه، ولكنه جوز ذلك استحسانا، ولأنه لا بد من تصحيح هذا الشرط لهن؛ لأنهن يعتقن بموته، فاشتراطه لهن كاشتراطه لأجنبي، فيجوز ذلك في حياته أيضًا تبعا لما بعد الوفاة، وكذا لو سمى لمدبريه.

وهلال الرازي، هكذا وقع في نسخ الفقه من المبسوط والذخيرة وغيرهما.

وفي المغرب: الرازي تحريف، بل هو هلال الرّائي، بتشديد الراء البصري، وهكذا صحح في مسند أبي حنيفة، وصححه القاضي الغني، وصاحب الأنساب.

وفي الأنساب: هو هلال بن يحيى بن مسلم الرائي، وإنما قيل له الرائي؛ لأنه كان ينتحل مذهب الكوفيين ورأيهم، فعرف بالرائي.

قوله: (**كما في الصدقة المنفذة**)؛ يعني: لو سلم ماله للفقير على وجه الصدقة، بشرط أن يكون بعضه لي؛ فإن الصدقة بهذا الشرط لا تجوز.

وقوله: (**وشرطه**) بالجر عطفا على الصدقة المنفذة.

أَن يَنزِلَهُ أَو يَشرَبَ مِنهُ أَو يُدفَنَ فِيهِ، وَلِأَنَّ مَقصُودَهُ القُربَةُ وَفِي الصَّرفِ إِلَى نَفسِهِ ذَلِكَ، قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ : «نَفَقَةُ الرَّجُلِ عَلَى نَفسِهِ صَدَقَةٌ».

وَلَو شَرَطَ الوَاقِفُ أَن يَستَبدِلَ بِهِ أَرضًا أُخرَى إِذَا شَاءَ ذَلِكَ فَهُوَ جَائِزٌ عِندَ أَبِي يُوسُفَ، وَعِندَ مُحَمَّد: الوَقفُ جَائِزٌ وَالشَّرطُ بَاطِلٌ.

وَلَو شَرَطَ الخِيَارَ لِنَفسِهِ فِي الوَقفِ ثَلَاثَةَ أَيَّام جَازَ الوَقفُ وَالشَّرطُ عِندَ أَبِي يُوسُفَ، وَعِندَ مُحَمَّد: الوَقفُ بَاطِلٌ، وَهَذَا بِنَاء عَلَى مَا ذَكَرنَا.

وقوله: (أن ينزله) على بناء الفاعل.

وقوله: (أو يدفن فيه) على بناء المفعول.

قوله: (فهو جائز)؛ أي: شرط الاستبدال جائز (عند أبي يوسف) وهلال والخصّاف استحسانا، والقياس ألا يجوز الوقف والشرط، وبه قال الشافعي وأحمد؛ لأنه شرط منافي لمقتضى الوقف.

وجه الاستحسان: أن فيه تحويله إلى ما يكون خيرًا من الأول أو مثله، فكان تقريرًا لا إبطالًا. وعند محمد، وأهل البصرة، وفي وجه عن أحمد: الشرط باطل والوقف جائز؛ لأن هذا شرط لا يؤثر في المنع من زال الملك، والوقف يتم به، ولا ينعدم به التأبيد فكان شرطًا فاسدًا، كما لو شرط في المسجد أن يصلي فيه قوم دون قوم فالشرط باطل، واتخاذ المسجد صحيح، كذا هنا.

قوله: (وعند محمد: الوقف باطل) وبه قال الشافعي وأحمد وهلال.

(وهذا)؛ أي: هذا الخلاف (بناء على ما ذكرنا) وهو قوله: إن جعل الواقف غلة الوقف لنفسه جاز عند أبي يوسف خلافا لمحمد، وبهذا البناء صرح في المبسوط.

قال الهندواني: ينبغي أن يجوز الوقف ويبطل الشرط عند محمد؛ لأنه شرط فاسد، فلا يؤثر في المنع من الزوال، ولكن قال محمد: بتمام الرضا يتم الوقف، وبتمام القبض ومع شرط الخيار لا يتم الرضا ولا القبض، فيبطل

وَأَمَّا فَصلُ الوِلَايَةِ فَقَد نَصَّ فِيهِ عَلَى قَولِ أَبِي يُوسُفَ، وَهُوَ قَولُ هِلَال أَيضًا وَهُوَ ظَاهِرُ المَذهَبِ. وَذَكَرَ هِلَالٌ فِي وَقفِهِ وَقَالَ أَقوَامٌ: إن شَرَطَ الوَاقِفُ الوِلَايَةَ

الوقف كالإكراه على الوقف.

وجه قول أبي يوسف: أن الوقف يتعلق به اللزوم، ويحتمل الفسخ ببعض الأسباب، واشتراط الخيار للفسخ، فكان كالبيع.

وقال يوسف بن خالد السمتي: الوقف جائز والشرط باطل؛ لأنه إزالة ملك لا إلى مالك، كالإعتاق، واشتراط الخيار في العتق باطل والعتق صحيح، وكذا لو شرط الخيار في المسجد فالخيار باطل، واتخاذ المسجد صحيح، ومحمد يقول: لا يتم الرضا ولا القبض في الوقف كما ذكرنا، بخلاف المسجد؛ فإن القبض هناك غير شرط، بل الشرط إقامة الصلاة فيه بالجماعة، وقد وجد، وكذا في الإعتاق؛ فإن القبض فيه غير شرط، ويتحقق بعدم الرضا كما في المكره. كذا في المبسوط[1].

وإنما قيد الخيار بثلاثة أيام؛ لتكون مدة الخيار معلومة، حتى لو كانت مجهولة لا يجوز الوقف بالاتفاق. ذكره في فتاوى قاضي خان، وفيه: ثم لما لم يصح الوقف بالشرط لم ينقلب صحيحًا بإبطاله قبل الثلاث؛ لأن الوقف لا يجوز إلا مؤبدًا، والخيار يمنع التأبيد، فكان شرط الخيار في نفس العقد، بخلاف البيع؛ فإن الخيار فيه لا يمنع جواز البيع، وإنما يفسد البيع إذا شرط الخيار لأكثر من ثلاثة أيام؛ لامتناع لزوم العقد بعد الأيام الثلاثة، فلم يكن الفساد في صلب العقد.

قوله: (فقد نصَّ فيه)؛ أي: نصَّ بالجواز **(على قول أبي يوسف)** وهو قول هلال والخصّاف.

(وقال قوم)؛ أي: بعض المشايخ.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٢/ ٤٢).

لِنَفسِهِ كَانَت لَهُ وِلَايَةٌ، وَإِن لَم يَشتَرِط لَم تَكُن لَهُ وِلَايَةٌ. قَالَ مَشَايِخُنَا: الأَشبَهُ أَن يَكُونَ هَذَا قَولُ مُحَمَّد، لِأَنَّ مِن أَصلِهِ أَنَّ التَّسلِيمَ إِلَى القَيِّمِ شَرطٌ لِصِحَّةِ الوَقفِ،

(وإن لم يشترط لم تكن) أي: الولاية له، بل للقاضي، وبه قال الشافعي في قول وأحمد في رواية.

وفي الحلية: لو شرط الخيار لنفسه جاز، ولو أطلق فيه وجهان، بناء على القولين فيمن ينتقل الملك فيه، فإن قلنا: ينتقل إلى [٢/ ٥١/ب] الله تعالى فالنظر للحاكم، وإن قلنا: ينتقل إلى الموقوف عليه فالنظر له، وحكي وجه ثالث: أن النظر فيه للواقف[(١)].

وعند مالك: كل من شرط له الواقف الولاية فله الولاية، فلو شرط لنفسه لا يجوز، ولو لم يشترط لا يتولاه هو بنفسه بل الحاكم.

وفي الذخيرة: وذكر هلال أرضه ولم يشترط الولاية لنفسه ولا لغيره؛ فالوقف جائز والولاية للواقف.

قوله: (الأشبه أن يكون هذا قول محمد).

فإن قيل: كيف تصح نسبة هذا القول إلى محمد، ومن مذهبه: أن التسليم إلى المتولي شرط صحة الوقف؟ فعلى هذا لا يجوز أن يشترط الولاية لنفسه على قوله؛ لأن هذا يمنع التسليم إلى المتولي، فكان ذلك على مذهبه يجب ألا تكون الولاية له شرط أو لم يشرط.

قلنا: نعم كذلك، إلا أن تأويل هذا فيما إذا سلمه إلى المتولي وقد كان شرط الولاية لنفسه حين وقفه، كان له الولاية بعد التسليم إلى المتولي، فقد ذكر في فتاوى قاضي خان بعد ذكر مذهب هلال كما ذكرنا، فقال: وذكر محمد في السير: إذا وقف ضيعة وأخرجها إلى القيّم لا يكون له الولاية بعد ذلك، إلا أن يشترط الولاية لنفسه في ابتداء الوقف، فليس له ولاية بعد التسليم، إلى أن قال: وهذه المسألة بناء على أن عند محمد التسليم إلى المتولي شرط، أما عند أبي يوسف فالتسليم إلى المتولي ليس بشرط، فكانت الولاية للواقف وإن لم يشترط الولاية لنفسه، ومثل الذي ذكره في الكتاب مذكور في الذخيرة والتتمة،

---

(١) حلية العلماء للشاشي (٦/ ٢٤).

فَإِذَا سَلَّمَ لَم يَبقَ لَهُ وِلَايَةٌ فِيهِ. وَلَنَا: أَنَّ المُتَوَلِّي إِنَّمَا يَستَفِيدُ الوِلَايَةَ مِن جِهَتِهِ بِشَرطِهِ، فَيَستَحِيلُ أَن لَا يَكُونَ لَهُ الوِلَايَةُ وَغَيرُهُ يَستَفِيدُ الوِلَايَةَ مِنهُ، وَلِأَنَّهُ أَقرَبُ النَّاسِ إِلَى هَذَا الوَقفِ فَيَكُونُ أَولَى بِوِلَايَتِهِ، كَمَن اتَّخَذَ مَسجِدًا يَكُونُ أَولَى بِعِمَارَتِهِ وَنَصبِ المُؤَذِّنِ فِيهِ، وَكَمَن أَعتَقَ عَبدًا كَانَ الوَلَاءُ لَهُ لِأَنَّهُ أَقرَبُ النَّاسِ إِلَيهِ. وَلَو أَنَّ الوَاقِفَ شَرَطَ وِلَايَتَهُ لِنَفسِهِ وَكَانَ الوَاقِفُ غَيرَ مَأمُون عَلَى الوَقفِ، فَلِلقَاضِي أَن يَنزِعَهَا مِن يَدِهِ نَظَرًا لِلفُقَرَاءِ، كَمَا لَهُ أَن يُخرِجَ الوَصِيَّ نَظَرًا لِلصِّغَارِ، وَكَذَا إِذَا شَرَطَ أَن لَيسَ لِلسُّلطَانِ وَلَا لِقَاض أَن يُخرِجَهَا مِن يَدِهِ وَيُوَلِّيَهَا غَيرَهُ، لِأَنَّهُ شَرطٌ مُخَالِفٌ لِحُكمِ الشَّرعِ فَبَطَلَ.

ويحتمل أن يكون أن معنى قوله: (**إن شرط الولاية لنفسه كانت له**) يعني: في هذه الصورة لم يشترط محمد التسليم إلى المتولي، وأيضًا لأن شرائط الوقف تراعى، فمن صورة رعاية شرطه سقوط اشتراط التسليم إذا شرط الولاية لنفسه. كذا قيل.

قوله: (**ونصب المؤذن فيه**) قال أبو نصر: العمارة للباني، أما نصب المؤذن والإمام لأهل المحلة، ولا يكون الباني أحق منهم بذلك.

وقال أبو بكر الإسكاف: الباني أحق بنصبهما من غيره كالعمارة.

قال أبو الليث: وبه نأخذ، إلا أن نريد إمامًا ومؤذنا والقوم يريدون الأصلح، فلهم أن يفعلوا ذلك. كذا في النوازل.

وفي فتاوى قاضي خان: لو قال: أرضي موقوفة إن شئت أو أحببت؛ كان الوقف باطلًا في قولهم، وكذا عند الأئمة الثلاثة؛ لأن تعليق الوقف بالشرط باطل، وكذا لو قال: أرضي صدقة موقوفة إن شئت، ثم قال: شئت، وكان الوقف باطلًا [أيضًا](١) لما قلنا إنه تعليق. ولو قال: شئت وجعلتها صدقة موقوفة صح؛ لأنه ابتداءُ وقفٍ.

قوله: (**لأنه شرط مخالف لحكم الشرع**) لأن الشرع أطلق للقاضي إخراج

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

فَصْلٌ: [وَإِذَا بَنَى مَسْجِدًا لَمْ يَزُلْ مِلْكُهُ عَنْهُ حَتَّى يُفْرِزَهُ عَنْ مِلْكِهِ]

(وَإِذَا بَنَى مَسجِدًا لَم يَزُل مِلكُهُ عَنهُ حَتَّى يَفرِزَهُ عَن مِلكِهِ بِطَرِيقِهِ وَيَأذَنَ لِلنَّاسِ بِالصَّلَاةِ فِيهِ، فَإِذَا صَلَّى فِيهِ وَاحِدٌ زَالَ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ عَن مِلكِهِ) أَمَّا الإِفرَازُ: فَلِأَنَّهُ

ما كان منهما دفعا للضرر عن الفقهاء، ولو شرط الولاية لرجل فالولاية له كما شرط بلا خلاف، وإن أراد الواقف إخراجه فله ذلك، وإن شرط: ليس له إخراج القيم، بطل شرطه؛ لأنه مخالف لحكم الشرع إذا لقوا منه وكالة، وهي ليست بلازمة، ولو جعل الولاية إليه في حياته وبعد وفاته كان جائزا، وهو وكيل في حياته ووصي بعد وفاته.

فصل: وإذا بنى مسجدا لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه

لما كانت أحكام هذا الفصل مخالفة لمسائل الوقف التي قبله في الشروط، في عدم اشتراط التسليم إلى المتولي عند محمد، ومنع الشيوع عند أبي يوسف، وخرجه عن ملك الواقف بلا حكم حاكم عند أبي حنيفة؛ ذكرها بفصل على حدة.

قوله: (ويأذن للناس بالصلاة فيه) ولا يشترط ذكر لفظ (وقفتُ) عندنا، وبه قال أحمد ومالك.

وقال الشافعي، وأحمد في رواية: لا يصير وقفًا إلّا باللفظ، بأن قال: وقفته أو حبسته أو غير ذلك؛ لأن هذا تحبيس على وجه القربة، فلا يصح بدون اللفظ، كالوقف على الفقراء.

ولنا: أن العرف جارٍ بذلك، وفيه دلالة على الوقف، فجاز أن يثبت بالإذن، وجرى ذلك مجرى من قدم طعاما إلى ضيفه كان إذنا في أكله، أو نثر كان إذنا في التقاطه، وكذا دخول الحمام واستعمال مائه بغير إذنه دليلا على وجوب الآخر، بخلاف الوقف على الفقراء، فلم تجر به عادة، حتى لو كان شيء جرت به العادة أو دلت الحال كان كمسألتنا.

قوله: (وزال عند أبي حنيفة عن ملكه)؛ أي: بلا شرط قضاء، أو إضافة إلى ما بعد الموت، بخلاف سائر الأوقاف عنده.

لَا يَخلُصُ لِلَّهِ تَعَالَى إِلَّا بِهِ، وَأَمَّا الصَّلَاةُ فِيهِ: فَلِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِن التَّسلِيم عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّد، وَيُشتَرَطُ تَسلِيمُ نَوعِهِ، وَذَلِكَ فِي المَسجِدِ بِالصَّلَاةِ فِيهِ، أَو لِأَنَّهُ لَمَّا تَعَذَّرَ القَبضُ فَقَامَ تَحَقُّقُ المَقصُودِ مَقَامَهُ، ثُمَّ يُكتَفَى بِصَلَاةِ الوَاحِدِ فِيهِ فِي رِوَايَة عَن أَبِي حَنِيفَةَ، وَكَذَا عَن مُحَمَّد؛ لِأَنَّ فِعلَ الجِنسِ مُتَعَذِّرٌ فَيُشتَرَطُ أَدنَاهُ.

والفرق له: أن في الوقف اجتمع لفظان: أحدهما: الوقف، والآخر: الصدقة؛ لأن الوقف يبتني على الحبس، كأنه قال: حبست العين على ملكي وتصدقت بالغلة على المساكين، ولو صرح بذلك لا يصح ما لو يوص بذلك؛ لأن التصدق بالغلة المعدومة لا يصح، فإذا أوصى به [٢/ ٥٢/أ] أو أضافه إلى ما بعد الموت يكون لازمًا بعد موته، وأما قوله: (جعلت أرضي مسجدا) فليس فيه ما يوجب البقاء على ملكه، فإذا أزاله إلى الله تعالى لا يكون له أن يرجع، كما لو أزال بالإعتاق. كذا في جامع قاضي خان.

(فلأنه لا بد من التسليم)؛ إذ التسليم شرط عندهما خلافا لأبي يوسف، وبه قالت الأئمة الثلاثة.

قوله: (أو يشترط تسليم نوعه)؛ أي: يشترط تسليم كل شيء على ما يليق به، وذا في المسجد بالصلاة فيه، أو لأنه تعذر قبضه باعتبار أنه إسقاط ملكه بالاتفاق، كما في سائر الإسقاطات من العتاق والطلاق، ولأن القبض إنما يتحقق في الغلة في الأوقاف التي هي لازمة أقيم تحقق المقصود مقام القبض، وبقبض المتولي هل يصير مسجدًا من غير أن يصلي فيه أحد؟ اختلف المشايخ فيه. كذا في الذخيرة.

وفي المحيط: والأصح: أن يصير مسجدًا بقبضه.

قوله: (أدناه)؛ أي: أدنى فعل الحبس هو صلاة الواحد؛ لتعذر فعل الكل، فناب الواحد عن الكل فيما هو حقهم.

وفي المبسوط: المسجد: موضع السجود، وقد حصل بصلاة الواحد بلا جماعة(١).

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٢/ ٣٤).

وَعَن مُحَمَّد: أَنَّهُ يُشتَرَطُ الصَّلَاةُ بِالجَمَاعَةِ؛ لِأَنَّ المَسجِدَ بُنِيَ لِذَلِكَ فِي الغَالِبِ (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَزُولُ مِلكُهُ بِقَولِهِ: جَعَلتُهُ مَسجِدًا)(*) لِأَنَّ التَّسلِيمَ عِندَهُ لَيسَ بِشَرط؛ لِأَنَّهُ إِسقَاطٌ لِمِلكِ العَبدِ، فَيَصِيرُ خَالِصًا لِلَّهِ تَعَالَى بِسُقُوطِ حَقِّ العَبدِ وَصَارَ كَالإِعتَاقِ، وَقَد بَيَّنَّاهُ مِن قَبلُ.

قَالَ: (وَمَن جَعَلَ مَسجِدًا تَحتَهُ سِردَابٌ أَو فَوقَهُ بَيتٌ وَجَعَلَ بَابَ المَسجِدِ إِلَى الطَّرِيقِ، وَعَزَلَهُ عَن مِلكِهِ فَلَهُ أَن يَبِيعَهُ، وَإِن مَاتَ يُورَثُ عَنهُ)؛ لِأَنَّهُ لَم يَخلُص لِلَّهِ

قوله: (وعن محمد: أنه يشترط الصلاة بالجماعة) وهي رواية عن أبي حنيفة، وهو الصحيح؛ لأن الظاهر أنه إنما ينبني لإقامة الصلوات بالجماعة، فلا يصير مسجدًا قبل حصول هذا المقصود، ولهذا يشترط أن تكون الجماعة بأذان وإقامة عندهما، حتى لو صلى جماعة بغير أذان وإقامة سرًّا لا يصير مسجدًا عندهما، فلو جعل للمسجد إمامًا ومؤذنًا وهو واحد، فأذن وأقام وصلى وحده صار مسجدا بالاتفاق؛ لأن أداء الصلاة على هذا الوجه كالجماعة، ولهذا قالوا: لو صلى مؤذن مسجد بعد الأذان والإقامة؛ ليس لمن يجيء بعده أن يصلي بالجماعة في ذلك المسجد. ذكره في الذخيرة.

(يبنى لذلك)؛ أي: للصلاة بالجماعة في الغالب، وإلا جميع وجه الأرض موضع الصلاة في ديننا. كذا في المبسوط(١).

قوله: (لأن التسليم عنده)؛ أي: عند أبي يوسف (ليس بشرط) فلا يشترط الصلاة فيه، وبه قالت الأئمة الثلاثة.

قوله: (سرداب) في المغرب: السرداب ـ بكسر السين ـ : تعريب سردابة، وهو بيت يتخذ تحت الأرض لتبريد الماء.

قوله: (فله أن يبيعه)؛ أي: لا يكون مسجدا لبقاء حق العبد متعلقًا به، والمسجد ما يكون خالصًا لله تعالى، قال الله تعالى: ﴿وَأَنَّ ٱلْمَسَٰجِدَ لِلَّهِ﴾ [الجن:١٨] أضافها إليه مع أن جميع الأماكن له، فاقتضى ذلك ملك خلوص له، ومع بقاء حق العبد أسفله وأعلاه لا يتحقق الخلوص.

(*) الراجح: قول أبي يوسف.

(١) المبسوط للسَّرَخسِي (١٢/ ٣٤).

تَعَالَى لِبَقَاءِ حَقِّ العَبدِ مُتَعَلِّقًا بِهِ، وَلَو كَانَ السِّردَابُ لِمَصَالِحِ المَسجِدِ جَازَ كَمَا فِي مَسجِدِ بَيتِ المَقدِسِ. وَرَوَى الحَسَنُ عَنهُ أَنَّهُ قَالَ: إِذَا جَعَلَ السُّفلَ مَسجِدًا وَعَلَى ظَهرِهِ مَسكَنٌ فَهُوَ مَسجِدٌ؛ لِأَنَّ المَسجِدَ مِمَّا يَتَأَبَّدُ، وَذَلِكَ يَتَحَقَّقُ فِي السُّفلِ دُونَ العُلُوِّ. وَعَن مُحَمَّد عَلَى عَكسِ هَذَا؛ لِأَنَّ المَسجِدَ مُعَظَّمٌ، وَإِذَا كَانَ فَوقَهُ مَسكَنٌ أَو مُستَغَلٌّ يَتَعَذَّرُ تَعظِيمُهُ.

وَعَن أَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ جَوَّزَ فِي الوَجهَينِ حِينَ قَدِمَ بَغدَادَ وَرَأَى ضِيقَ المَنَازِلِ فَكَأَنَّهُ اعتَبَرَ الضَّرُورَةَ.

وَعَن مُحَمَّد: أَنَّهُ حِينَ دَخَلَ الرَّيَّ أَجَازَ ذَلِكَ كُلَّهُ لِمَا قُلنَا.

أما إذا كان السفل مسجدًا فلأنّ لصاحب العلوّ حقًا في السفل، حتى لا يكون لصاحب السفل أن يحدث فيه بناء من غير رضا صاحب العلو، أما إذا جعل العلو مسجدا فلأن أرض العلو ملك لصاحب السفل، بخلاف بيت المقدس؛ لأن ثمة السرداب ليس بمملوك لأحد، بل هو للعامة يكون لله تعالى ليس لغيره اختصاص به، أما لو كان السرداب مملوكا لا يتحقق الخلوص، فإذا لم يصر مسجدا كان له بيعه.

وعن بعض المشايخ: إن كان العلو مسجدًا والسفل حوانيت موقوفة على المسجد أو على القلب لا بأس؛ لأن الكل منقطع عن حقوق العباد، ولو كان تحته حوض العامة، اختلف فيه على قول من يجوز اتخاذ العلوَّ مسجدًا.

قيل: لا يجوز قياسًا على الحوض الخاص.

وقيل: يجوز كما لو حفر بئرًا مسجدًا للاستقاء.

والصحيح: أنه يجوز ذلك، إلا أنه إن سبق اتخاذ المسجد فهو مسجد، وإن سبق اتخاذ الحوض فالمسجد مستعار. كذا في جامع التمرتاشي وقاضي خان.

قوله: (**وعلى ظهره**)؛ أي: سطحه.

(**روى الحسن عنه**)؛ أي: عن أبي حنيفة.

قوله: (**لما قلنا**)؛ وهو الضرورة، وإنما أعاد ذكر قول محمد بهذا الطريق

قَالَ: (وَكَذَلِكَ إن اتَّخَذَ وَسَطَ دَارِهِ مَسجِدًا وَأَذِنَ لِلنَّاسِ بِالدُّخُولِ فِيهِ) يَعنِي: لَهُ أَن يَبِيعَهُ وَيُورَثُ عَنهُ؛ لِأَنَّ المَسجِدَ مَا لَا يَكُونُ لِأَحد فِيهِ حَقُّ المَنع، وَإِذَا كَانَ مِلكُهُ مُحِيطا بِجَوَانِبِهِ كَانَ لَهُ حَقُّ المَنعِ فَلَم يَصِر مَسجِدًا، وَلِأَنَّهُ أَبقَى الطَّرِيقَ لِنَفسِهِ فَلَم يَخلُصْ لِلَّهِ تَعَالَى (وَعَن مُحَمَّد: أَنَّهُ لَا يُبَاعُ وَلَا يُورَثُ وَلَا يُوهَبُ) اعتَبَرَهُ مَسجِدًا، وَهَكَذَا عَن أَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ يَصِيرُ مَسجِدًا؛ لِأَنَّهُ لَمَّا رَضِيَ بِكَونِهِ مَسجِدًا وَلَا يَصِيرُ مَسجِدًا إِلَّا بِالطَّرِيقِ دَخَلَ فِيهِ الطَّرِيقُ وَصَارَ مُستَحَقًّا كَمَا يَدخُلُ فِي الإِجَارَةِ مِن غَيرِ ذِكر.

قَالَ: (وَمَن اتَّخَذَ أَرضَهُ مَسجِدًا لَم يَكُن لَهُ أَن يَرجِعَ فِيهِ وَلَا يَبِيعَهُ وَلَا يُورَثُ عَنهُ) لِأَنَّهُ تَجَرَّدَ عَن حَقِّ العِبَادِ وَصَارَ خَالِصًا لِلَّهِ، وَهَذَا لِأَنَّ الأَشيَاءَ كُلَّهَا لِلَّهِ تَعَالَى، وَإِذَا أَسقَطَ العَبدُ مَا ثَبَتَ لَهُ مِن الحَقِّ رَجَعَ إِلَى أَصلِهِ فَانقَطَعَ تَصَرُّفُهُ عَنهُ كَمَا فِي الإِعتَاقِ.

وَلَو خَرِبَ مَا حَولَ المَسجِدِ وَاستُغنِيَ عَنهُ، يَبقَى مَسجِدًا عِندَ أَبِي يُوسُفَ، لِأَنَّهُ

ولم يقل عن أبي يوسف ومحمد، مع أن هذين القولين في الحكم عندهما سواء؛ ليتهيأ له ما ذكر لكل واحد من دخول مخصوص في مصر مخصوص، إذ في غير هذا اللفظ يلتبس الدخول في الإسناد، ولأنه ذكر زيادة التعميم بلفظ الكل في قول.

قوله: (وَسَط)[1] بسكون السين، إذ المراد غير معين، وهكذا مقيد بقيد العلّامة مولانا حافظ الدين رحمه الله.

قوله: (فلم يخلص لله تعالى) وقال الإمام قاضي خان: حتى لو عزل بابه إلى الطريق الأعظم يصير مسجدًا.

قوله: (واستغني عنه) على بناء المفعول، أي: استغنى أهل المحلة عن الصلاة فيه.

(يبقى مسجدا عند أبي يوسف) وهو قول أبي حنيفة، وبه قال الشافعي ومالك.

---

(١) في الأصل: (وسقط) والمثبت من متن الهداية.

إسقَاطٌ مِنهُ فَلَا يَعُودُ إِلَى مِلكِهِ، وَعِندَ مُحَمَّد: يَعُودُ إِلَى مِلكِ البَانِي، أَو إِلَى وَارِثِهِ بَعدَ مَوتِهِ؛ لِأَنَّهُ عَيَّنَهُ لِنَوعِ قُربَة، وَقَد انقَطَعَت فَصَارَ كَحَصِيرِ المَسجِدِ وَحَشِيشِهِ إِذَا استُغنِيَ عَنهُ، إِلَّا أَنَّ أَبَا يُوسُفَ يَقُولُ فِي الحَصِيرِ وَالحَشِيشِ إِنَّهُ يُنقَلُ إِلَى مَسجِد آخَرَ(*).

وقال أحمد: جاز نقضه وصرف آلته إلى مسجد آخر، وفي الدار الموقوفة جاز بيعها وصرف [٢/ ٥٢/ب] ثمنها إلى وقف آخر عند أحمد؛ لأن الوقف مؤبد، فإذا لم يكن تأبيده على وجه تخصيصه؛ استبقينا الغرض وهو الانتفاع على الدوام في عين آخر بالاستبدال، وبدل الشيء يقوم مقامه.

واستدل في المسجد بما روي أن عمر ﷺ كتب إلى سعد لما بلغه أنه نقب بيت المال الذي بالكوفة: أن انقل المسجد الذي بالتمارين، واجعل بيت المال في قبلة المسجد، وكان هذا بمحضر الصحابة، ولم يظهر خلافه، فكان إجماعًا.

وعند محمد: يعود إلى ملك الواقف، قيل: في الحقيقة هذه المسألة مبنية على أن الصلاة فيه هل هي شرط لصيرورته مسجدًا في الابتداء؟ فعند محمد: شرط في الابتداء وكذا في الانتهاء، وعند أبي يوسف: ليس بشرط في الابتداء فكذا في الانتهاء.

حكي أن محمد مر بمزبلة، فقال: هذا مسجد أبي يوسف، وأبو يوسف مر بإصطبل، فقال: هذا مسجد محمد؛ لأنه لما عاد إلى ملك الواقف ربما يجعله إصطبلا بمرور الزمان، وصار كحشيش المسجد، وكذا قنديله إذا خرب المسجد يعود إلى ملك متخذه، وكما لو كفن ميتا فافترسه السبع عاد إلى ملك مالكه، وكالمحصر إذا بعث الهدي ثم زال الإحصار فأدرك الحج كان له أن يصنع بهديه ما شاء.

واستدل أبو يوسف بالكعبة، فإن زمان الفترة قد كان حولها عبدة الأصنام، ولم يخرج موضع الكعبة به من أن تكون موضع الطاعة والقربة خالصًا لله تعالى، فكذلك في سائر المساجد، وأما هدي الإحصار فلم يزل ملكه قبل الذبح، وكلامنا فيما إذا زال، وكذلك الكفن ليس بإزالة العين عن ملكه، بل هو تبرع

(*) الراجح: قول أبي يوسف.

قَالَ: (وَمَن بَنَى سِقَايَةً لِلمُسلِمِينَ أَو خَانًا يَسكُنُهُ بَنُو السَّبِيلِ أَو رِبَاطًا أَو جَعَلَ أَرضَهُ مَقبَرَة، لَم يَزُل مِلكُهُ عَن ذَلِكَ حَتَّى يَحكُمَ بِهِ الحَاكِمُ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ)؛ لِأَنَّهُ لَم يَنقَطِع عَن حَقِّ العَبدِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ لَهُ أَن يَنتَفِعَ بِهِ فَيَسكُنَ فِي الخَانِ وَيَنزِلَ فِي الرِّبَاطِ وَيَشرَبَ مِن السِّقَايَةِ، وَيُدفَنَ فِي المَقبَرَةِ، فَيُشتَرَطُ حُكمُ الحَاكِمِ أَو الإِضَافَةُ إِلَى مَا بَعدَ المَوتِ كَمَا فِي الوَقفِ عَلَى الفُقَرَاءِ، بِخِلَافِ المَسجِدِ؛ لِأَنَّهُ لَم يَبقَ لَهُ حَقُّ الِانتِفَاعِ بِهِ فَخَلَصَ لِلَّهِ تَعَالَى مِن غَيرِ حُكمِ الحَاكِمِ (وَعِندَ أَبِي يُوسُفَ: يَزُولُ مِلكُهُ بِالقَولِ) كَمَا هُوَ أَصلُهُ، إذ التَّسلِيمُ عِندَهُ لَيسَ بِشَرط وَالوَقفُ لَازِمٌ.

(وَعِندَ مُحَمَّد: إِذَا استَقَى النَّاسُ مِن السِّقَايَةِ وَسَكَنُوا الخَانَ وَالرِّبَاطَ وَدُفِنُوا فِي المَقبَرَةِ زَالَ المِلكُ)(**)؛ لِأَنَّ التَّسلِيمَ عِندَهُ شَرطٌ وَالشَّرطُ تَسلِيمُ نَوعِهِ، وَذَلِكَ بِمَا ذَكَرنَاهُ. وَيُكتَفَى بِالوَاحِدِ لِتَعَذُّرِ فِعلِ الجِنسِ كُلِّهِ، وَعَلَى هَذَا البِئرُ المَوقُوفَةُ وَالحَوضُ، وَلَو سُلِّمَ إِلَى المُتَوَلِّي صَحَّ التَّسلِيمُ فِي هَذِهِ الوُجُوهِ كُلِّهَا؛ لِأَنَّهُ نَائِبٌ عَن

بالمنفعة لحاجة الميت، فصار كالعارية حال حياته، وقد وقع الاستغناء للمستعير فيعود إلى المعير، وأما الحصير والقنديل، فالصحيح من مذهب أبي يوسف: أنه لا يعود إلى ملك متخذه، بل يحول إلى مسجد آخر، أو يبيعه قيم المسجد للمسجد. كذا في المبسوط والذخيرة والمحيط.

ولأنه ما جعلها مسجدًا ليصلي فيه أهل هذه المحلة لا غير، بل يصلي فيه العامة، فيكون للعامة حق الصلاة في المساجد.

وأما استدلال أحمد بما كتب عمر رضي الله عنه لا يفيده؛ لأنه يمكن أن أمره باتخاذ بيت المال في المسجد وتوسعة المسجد، واستدلاله بالانتفاع بالاستبدلال مخالف للحديث المشهور.

قوله: (بخلاف المسجد)؛ أي: لا يشترط فيه حكم الحاكم والإضافة إلى الموت لما ذكرنا.

قوله: (وعند أبي يوسف: يزول ملكه بالقول) وبه قالت الأئمة الثلاثة، وقد مر.

(**) الراجح: قول أبي يوسف.

المَوقُوفِ عَلَيهِ، وَفِعلُ النَّائِبِ كَفِعلِ المَنُوبِ عَنهُ، وَأَمَّا فِي المَسجِدِ فَقَد قِيلَ: لَا يَكُونُ تَسلِيمًا؛ لِأَنَّهُ لَا تَدبِيرَ لِلمُتَوَلِّي فِيهِ، وَقِيلَ: يَكُونُ تَسلِيمًا؛ لِأَنَّهُ يَحتَاجُ إِلَى مَن يَكنُسُهُ وَيُغلِقُ بَابَهُ، فَإِذَا سُلِّمَ إِلَيهِ صَحَّ التَّسلِيمُ، وَالمَقبَرَةُ فِي هَذَا بِمَنزِلَةِ المَسجِدِ عَلَى مَا قِيلَ؛ لِأَنَّهُ لَا مُتَوَلِّيَ لَهُ عُرفًا. وَقِيلَ: هِيَ بِمَنزِلَةِ السِّقَايَةِ وَالخَانِ فَيَصِحُّ التَّسلِيمُ إِلَى المُتَوَلِّي؛ لِأَنَّهُ لَو نُصِّبَ المُتَوَلِّي يَصِحُّ، وَإِن كَانَ بِخِلَافِ العَادَةِ، وَلَو جَعَلَ دَارًا لَهُ بِمَكَّةَ سُكنَى لِحَاجِّ بَيتِ اللَّهِ وَالمُعتَمِرِينَ، أَو جَعَلَ دَارَهُ فِي غَيرِ مَكَّةَ سُكنَى لِلمَسَاكِينِ، أَو جَعَلَهَا فِي ثَغرٍ مِن الثُّغُورِ سُكنَى لِلغُزَاةِ وَالمُرَابِطِينَ. أَو جَعَلَ غَلَّةَ أَرضِهِ لِلغُزَاةِ فِي سَبِيلِ اللَّهِ تَعَالَى وَدَفَعَ ذَلِكَ إِلَى مُتَوَلٍّ يَقُومُ عَلَيهِ فَهُوَ جَائِزٌ، وَلَا رُجُوعَ فِيهِ لِمَا بَيَّنَّا إِلَّا أَنَّ الغَلَّةَ تَحِلُّ لِلفُقَرَاءِ دُونَ الأَغنِيَاءِ، وَفِيمَا سِوَاهُ مِن سُكنَى الخَانِ وَالِاستِقَاءِ مِن البِئرِ وَالسِّقَايَةِ وَغَيرِ ذَلِكَ يَستَوِي فِيهِ الغَنِيُّ وَالفَقِيرُ، وَالفَارِقُ هُوَ العُرفُ فِي الفَصلَينِ. فَإِنَّ أَهلَ العُرفِ يُرِيدُونَ بِذَلِكَ فِي الغَلَّةِ الفُقَرَاءَ، وَفِي غَيرِهَا التَّسوِيَةَ بَينَهُم وَبَينَ الأَغنِيَاءِ، وَلِأَنَّ الحَاجَةَ تَشمَلُ الغَنِيَّ وَالفَقِيرَ فِي الشُّربِ وَالنُّزُولِ.

قوله: (في هذه الوجوه)؛ أي: السقاية، والخان، والرباط، والمقبرة، والكنيس من حد ضرب.

والحاج: اسم جمع بمعنى الحجاج، والمرابط: من يقوم في الثغر بإزاء العدو، ويقال: رابط الجيش أقام في الثغر بإزاء العدو مرابطة ورباطًا. كذا في الصحاح[1]، والمغرب.

قوله: (ولا رجوع فيها)؛ أي: في الخان والرباط والمقبرة والدار والمسبل، وبه قالت الأئمة.

وقال أبو حنيفة: لصاحبه أن يرجع في هذا كله ويبطل ما صنع من الصدقة والمقبرة والخان والسقاية، إلا أن يحكم به الحاكم. وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه قال: لا رجوع في المقبرة بعد الدفن في موضع دفن فيه، وفيما بقي يرجع.

---

(١) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية للجوهري (ص ١٨١).

وَالغَنِيُّ لَا يَحتَاجُ إِلَى صَرفِ هَذِهِ الغَلَّةِ لِغِنَاهُ، وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعلَمُ بِالصَّوَابِ.

وفي الكفاية: إذا رجع في المقبرة عند أبي حنيفة لم ينبشها ويبتني ويزرع هكذا؛ لأن النبش حرام. وقيل: الفتوى في ذلك على قولهما للبلوى والتعارف؛ ألا ترى أنه بقي آثار الماضين في هذه الوجوه.

قوله: (لغناه)؛ أي: لغنى الغني، فإنه مستغن بمال نفسه عن صدقة غيره، أما ما لا يُستغنَى عن الخان للنزول، وعن المقبرة للدفن، وعن الماء للشرب منه، إذ لا يقدر كل أحد أن يشتري في كل منزل موضعًا، وربما لا يجد ولا يستصحب الماء مع نفسه في كل مكان، بخلاف المال، فعمّت الحاجة للغني والفقير.

وفي فتاوى الظهيرية: سئل الحلواني عن أوقاف المسجد إذا تعطلت وتعذر استغلالها، هل للمتولي أن يبيعها ويشتري مكانها أخرى؟

قال: نعم، وبه قال أحمد، وقال: يجوز قبل أن تتعطل، ولكن يأخذ ثمنها ما هو خير منها، ومن المشايخ من لم يُجَوِّزْ بيع الوقف، تعطل أو لم يتعطل، وبه قال الشافعي ومالك، وكذا لم يجوز الاستبدال بما هو خير منها، وهكذا حكى فتوى شمس الأئمة.

وقال أبو يوسف: يجوز الاستبدال، وروى هشام عن محمد أنه قال: إذا صار الوقف بحيث لا ينتفع به المساكين، فللقاضي [٢/ ٥٣/أ] أن يبيعه ويشتري بثمنه غيره، ولو سكن دار الوقف بغير أجرة بإذن المتولي، أو بغير إذنه؛ يجب عليه أجر المثل، سواء كانت معدة للاستغلال أو لا، وعليه الفتوى.

وفي الأجناس: حانوت هو وقف صحيح احترق، يبطل الوقف ويصير ميراثًا. ولو بنى رجل على هذه الأرض فالبناء للباني، وأصل الوقف لورثة الواقف عند محمد.

وفي فتاوى العصر: للقَيِّم أن يبيع ترابًا من كردة مسبلة إذا كان فيه مصلحة.

وفي القنية: قال تاج الدين: مبادلة دار الوقف بدار أخرى إنما يجوز إذا كانتا في محلة واحدة، أو تكون محلة المملوكة خيرا من محلة الموقوفة، وعلى عكسه لا يجوز، وإن كانت المملوكة أكثر مساحة وقيمة وأجرة؛ لاحتمال خرابها في أدون المحلتين لدناءتها وقلة رغبات الناس إليها.

....

ولو قال: داري هذه موقوفة مسبلة على مصالح مسجد كذا بعد موتي؛ صح وله الرجوع. كذا في المحيط؛ لأن الوقف بعد الموت وصية فيصح الرجوع عن الوصية.

ولو فضل شيء من وقف المسجد لا يحتاج فيه إلى العمارة؛ يجوز للمتولي أن يشتري به عقارًا بإذن القاضي، ويصرف على المسجد، وبه قال الشافعي في قول وأحمد.

وقال بعض أصحاب الشافعي: يكون محفوظًا للمسجد، ولو وقف على عمارة المسجد جاز أن يصرف إلى قوّامه ودهنه وقناديله وحصيره وبواريه بلا خلاف؛ لأن الكل من العمارة، والله أعلم.

بسم الله الرحمن الرحيم

كِتَابُ البُيُوعِ

كتاب البيوع

قد ذكر في الأصل أن المشروعات أربعة أنواع: حقوق الله تعالى، وحقوق العباد، وما اجتمع فيه الحقان وحق الله تعالى غالب، وما اجتمع فيه حقان وحق العباد غالب، أما حقوق الله تعالى فعبادات وعقوبات، وأما حقوق العباد فكثيرة، فقدم المصنف حقوق الله تعالى بأنواعها وشرع في حقوق العباد، والبيع منه.

وفي البدرية: المشروعات أربعة أنواع: عبادات، وعقوبات، وكفارات، ومعاملات، ثم قدم المصنف العبادات والعقوبات وما هو من جهة العبادات وشرع في المعاملات، وقدم النكاح على البيع وإن كان من المعاملات؛ لأنه سبب وجود المكلف، والبيع سبب بقائه، والوجود مقدم على البقاء، وقدم البيع على سائر المعاملات؛ لأنه أكثر وقوعا، ولأنه يحتاج فيه الغني والفقير والصغير والكبير والشريف والحقير.

ثم المناسبة الخاصة بين الوقف والبيع: هو أن في الوقف إزالة الموقوف عن ملك الواقف بعد انقضائه أو قبله، وفي البيع إزالة المبيع عن ملك البائع مع إدخاله في ملك المشتري، فكان البيع مركبا عن معنى الوقف وغيره، والوقف كالمفرد، والمركب بعد المفرد، فلهذا ذكره بعده.

ثم اعلم: أن البيوع جمع بيع، مصدر بمعنى المبيع، كضرب الأمير، والمبيع أجناس مختلفة، فجمع المصدر أو جمع للمصدر لاختلاف أنواعه.

قال فخر الإسلام: البيع لغة: عبارة عن مبادلة مال بمال، وكذا في الشرع،

....

لكن زيد فيه قيد التراضي. وقيل: لا بد فيه من قيد آخر وهو على وجه التمليك. وفي الحقيقة لا يحتاج إليه؛ لأن جهة التمليك تفهم من المبادلة.

ثم لفظ البيع من الأضداد، يقال: باع الشيء إذا شراه واشتراه، وتعدَّى إلى المفعول الثاني، وبحرف الجر يقال: باعه الشيء وباعه [منه][1]، ولفظ الشراء والاشتراء والابتياع لغة يقع على فعل المشتري والبائع على سبيل الاشتراء، قال تعالى: ﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ﴾ [يوسف:٢٠] أي: باعوه، إلا أن في عرف الفقهاء اختص لفظ البيع بالبائع، ولفظ الشراء والاشتراء والابتياع بالمشتري، وإنما جعل هكذا؛ لأن الشعبة بناء على الثلاثي[2]، وفعل المشتري مبني على فعل البائع.

ثم الدليل على مشروعيته الكتاب والسنة والإجماع والدليل المعقول:

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة:٢٧٥]، وقوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوٓا۟﴾ إلى قوله: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء:٢٩].

وأما السنة: فما روي أنه عليه السلام قال: «**يا مَعْشَرَ التّجارِ إنّ بيعَكُم هذا يَحضُرُهُ اللّغوُ والكَذِبُ، فَشوبُوهُ بالصَّدَقةِ**»[3] وقوله عليه السلام: «**المُتبايِعانِ بالخِيارِ**»[4] الحديث، وكذا بُعِث النبي عليه السلام والناس يتبايعون، فقررهم على ذلك، والتقرير أحد وجوه السنة.

وأما الإجماع: فانعقد من لدن رسول الله إلى يومنا هذا على جوازه.

وأما المعقول: فلأن البيع سبب لبقاء المحتاجين بأحسن وجوه المعاملة؛ إذ كل واحد من الرجال والنساء يحتاج [٢/ ٥٣/ب] الأخذ والعطاء، ولا يتيسر الإعطاء بلا عوض إلا لمن هو الغني المطلق وهو الله تعالى، مع أن في عقد المعاوضة صيانة عن تحمل أعباء منة الغير؛ إذ في الإعطاء بلا عوض إدخال حرٍّ

---

(١) ليست في الأصل، مثبتة من البناية شرح الهداية (٨/ ٣).

(٢) إبهام في الأصل المخطوط.

(٣) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٤٢ برقم ٣٣٢٦) والترمذي (٣/ ٥٠٦ برقم ١٢٠٨) من حديث قيس بن أبي غرزة رضي الله عنه، وقال: حديث حسن صحيح.

(٤) سبق تخريجه.

قَالَ: (البَيعُ يَنعَقِدُ بِالإِيجَابِ وَالقَبُولِ إِذَا كَانَا بِلَفظَي المَاضِي) مِثلَ: أَن يَقُولَ أَحَدُهُمَا: بِعتُ، ....

مثله تحتَ رقِّ إحسانه، كما نقل (الإنسان عبد الإحسان) ومن أراد الإحسان فهو يتحقق في ضمن عقد المفاوضة، كما حكي عن أبي العباس أنه كان يتاجر الفقراء، فكان يشتري منهم ما يساوي درهما بعشرة وزيادة؛ كيلا يرى الفقير نفسه تحت منته التي توجب الرق، فكان هو أحسن وجوه الإحسان مع كونه معاوضة.

وسبب مشروعيته: تعلق بقاء المقدور بتعاطيه؛ إذ قيام مصالح المعيشة والبقاء بالمال، فشرع تعالى اكتساب المال وهو التجارة عن تراض؛ لما في التغالب من الفساد.

وركنه: الإيجاب والقبول.

وشرطه: يذكر في أثناء المسائل.

وحكمه: الملك وضعًا وقصدًا، وأن الأثر الثابت به من وجوب الاستبراء وثبوت الشفعة وملك المتعة والعتق في القريب وغيرها كثيرًا، لكن وضع للملك وقصد به الملك.

وله أنواع: بيع العين بالعين، وبيع العين بالدين، وبيع المساومة، وبيع المرابحة، والتولية، وبيع المعاوضة، وهو ضد المرابحة.

قوله: (قال)؛ أي: قال صاحب القدوري أو محمد **(البيع ينعقد)** المراد بالبيع هنا: المعنى الشرعي الذي يثبت في المحل ويترتب عليه الأحكام، واللفظان آلة انعقاد ذلك المعنى، ودخول الباء يدل عليه. كذا في الفوائد الظهيرية.

والإيجاب: الإثبات لغة، وهو المراد هنا لا المصطلح، يعني قوله: **(بعت)** في حيز الجواز، فالبائع أثبت ذلك، وكذا القبول أيضًا في حيز الجواز، فينبغي أن يقال له: الإيجاب أيضًا، إلا أن المشتري قَبِلَ ما أوجد البائع؛ فسُمِّي قبولًا لأجل التمييز بين إثبات البائع وقبوله. كذا في الكافي.

وفي المستصفى: البيع عبارة عن أثر شرعي يظهر في المحل عند الإيجاب والقبول، حتى يكون العاقد قادرا على التصرف. إليه أشار بقوله: **(ينعقد بكذا)**

وَالآخَرُ: اشتَرَيتُ؛ لِأَنَّ البَيعَ إنشَاءُ تَصَرُّف، وَالإِنشَاءُ يُعرَفُ بِالشَّرعِ وَالمَوضُوعُ

حيث لم يقل البيع هذا اللفظان.

والانعقاد لغة: مطاوعة العقد، وهو ربط أحد طرفي الحبل بالآخر.

وشرعا: انضمام كلام أحد العاقدين بالآخر.

ثم البيع لا ينعقد إلا بصدور ركنه؛ من أهله في محله، قابل لحكم كسائر عقود الشرعية، وهذا كما في الحسنات، فإنه يحتاج في اتخاذ السرير إلى النجار، وهو مثل العاقد فيما نحن فيه، وإلى الآلة، وهي مثل قوله: بعت أو اشتريت، وإلى النجز، وهو مثل إخراج هذا القول على سبيل الإنشاء، وإلى المحل وهو المبيع.

وهذا معنى قول الحكماء: أن العلة على أربعة أقسام: فاعلية كالنجار، وآلته كالفأس، وحالية كالنجر، ومحلية كالخشب، وهذا يخرج مسائل البيوع من العقود عند دخول المفسد من حيث الأهل، ومن حيث المحل أو غيره، فشرط البيع أن يكون العاقد مميزا، والآلة أن تكون بلفظ الماضي، والمحل أن يكون مقدور التسليم.

وعند الشافعي: الشرط أن يكون العاقد عاقلا بالغا مختارا، حتى لا يصح بيع الصبي والمجنون والمكره عنده؛ لعدم القصد الصحيح والرضا، وعندنا ينعقد ولكن يتوقف على إجازة الولي والمكره، وبقولنا: قال أحمد، وتمامه يعرف في الأصول.

قوله: (**والإنشاء يعرف بالشرع**): الإنشاء عبارة عن إيجاد ما لم يكن، وليس للعبد ذلك بقوله تعالى: ﴿أَلَا لَهُ ٱلْخَلْقُ وَٱلْأَمْرُ﴾ [الأعراف:٥٤] وتقديم الجار والمجرور فيها يدل على الحصر، كما في قول المصلي: ربنا لك الحمد، فقد حصر الخلق لله تعالى، وللعبد ولاية الإخبار وهو أن يتلفظ بلفظ دال على أمر كائن أو غير كائن، سواء كانت كينونته مضافا إليه أم لا، فكان له ولاية الإخبار لا الإيجاد، وإنما جعل إخباره إنشاء شرعًا لحاجته إليه؛ لأن واضع اللغة ما وضع الإنشاء لفظًا خاصًا، فكان إخباره بمنزلة الإنشاء؛ لما أن الوجود لازم للخبر بقضية الحكم عقلا وشرعا، ليكون الكلام صحيحًا وصدقًا، نحو أن

لِلإِخبَارِ قَد استُعمِلَ فِيهِ فَيَنعَقِدُ بِهِ. وَلَا يَنعَقِدُ بِلَفظَينِ أَحَدُهُمَا لَفظُ المُستَقبَلِ ....

يقول: بعت واشتريت، وكذا الخبر كل لفظ يؤدي معناهما بلفظ الماضي؛ لأنه إذا كان اللفظ بصيغة الاستقبال أو الأمر لا ينعقد، بأن قال: أبيعك، أو قال المشتري: بعني؛ لأن الوجود ليس بلازم، والوعد يكون مساومة وطلبًا للبيع والشراء، فلا يتم إلا بلفظ يدل على الوجود، بخلاف النكاح؛ فإنه ينعقد بلفظ المستقبل استحساناً، بأن قال: زوِّجني، فقال الولي: زوَّجتك لأن المساومة لا تتحقق في باب النكاح، فحملنا اللفظ [٢/ ٥٤/أ] على الإيجاب. كذا في شرح القدوري والإيضاح.

وقد نص محمد في الأصل قال: هذا كلام الناس وليس بقياس.

وفي المبسوط: أن النكاح يتقدمه خطبة عادة، فقوله: زوجتني نفسك في مجلس العقد لا يجعل خطبة؛ لأن الخطبة قد تقدمته، فيجعل إحدى شطري العقد، فأما البيع فقد يقع بغتة من غير تقدم استيام[1]، ولأن قوله: زوجني تقويم للعقد إليها، فيجعل قولها: زَوَّجتُ عقدًا؛ لأن كلام الواحد يصلح للعقد من الجانبين في النكاح إذا كان مأمورا به، وهذا معنى **قوله**: (**بخلاف النكاح**).

قوله: (**ولا ينعقد بلفظين أحدهما لفظ المستقبل**) هذا إذا لم يكن مع نية البيع، أما إذا كان مع النية فينعقد، وإن كانا بلفظ الاستقبال أو أحدهما؛ لأن صيغة الاستقبال تحتمل الحال، فخصت بالنية فيه. كذا في تحفة الفقهاء[2]، والقنية، وشرح الطحاوي؛ لأن المضارع في الأصل موضوع للحال، ووقوعه في الاستقبال ضرب تَجَوُّزٍ.

وقيل: إنما اختار لفظ الماضي؛ لأن الفاعل في الماضي فاعل في الحال، يقال: من هو البائع، يقال: هذا، والفاعل لا يسمى فاعلا في الحال، فالأولى أن يجعل الماضي مُعبِّرًا عن الحال، وفيه نوع تأمل.

وقيل: هذا القول عقدا يلجئني إلى القول، فيكون إخبارًا عن الماضي المفضي إلى إرادة اللفظ، فيكون ملزومًا لثبوت حكم البيع، سالمًا عن توهم

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٢/ ١٠٩).

(٢) تحفة الفقهاء للسمرقندي (٢/ ٣٠).

وَالآخَرُ لَفظُ المَاضِي، بِخِلَافِ النِّكَاحِ، وَقَد مَرَّ الفَرقُ هُنَاكَ.

التلجئة واللغو والمجاز، وفيه نوع تأمل أيضًا.

وفي شرح قاضي خان: ولا ينعقد البيع بالمستقبلين، أو مستقبل أو ماض، كقولك: بعني، فيقول البائع: بعتك، أو أبيع؛ لأن المستقبل عدة أو توكيل، فلا يوجد شطر العقد كالاستفهام، بخلاف النكاح.

وقال الشافعي: لا فرق بين البيع والنكاح.

وفي شرح الوجيز: لو قال: بعني، فقال البائع: بعتك، ينظر؛ إن قال بعد ذلك: اشتريت أو قبلت؛ ينعقد البيع لا محالة بالإجماع، وإن لم يقل: فقولان: في قول: لا ينعقد، وبه قال أبو حنيفة والمزني وأحمد في رواية. وفي قول: ينعقد البيع لا محالة، وبه قال مالك وأحمد في رواية؛ لأن المقصود وجود لفظ دال على الرضا بموجب العقد، والاستدعاء الجازم دليل عليه، والكلام فيما إذا وجد ذلك، والنكاح ينعقد به باتفاق الأئمة[١].

وقلنا: الفرق بين البيع والنكاح من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن مجلس العقد في النكاح يكون بعد تأمل طويل ومشورة كثيرة، فأي لفظ وجد يكون قبولا، بخلاف البيع؛ لأنه يقع بغتة، وقد ذكرناه بتمامه من المبسوط.

والثاني: أن رد النكاح [بعد][٢] إيجابه يلحق الشين بالأولياء، ورد البيع ليس بشين.

والثالث: أن المأمور في النكاح يصير وكيلا في الخاطب وليًّا أو أصيلًا من جانبه، والواحد يتولى طرفي العقد في النكاح، ولأن النكاح لا تحضره المساومة عادة، فألفاظه كلها إيجاب، بخلاف البيع. إليه أشير في شرح قاضي خان.

(**وقد مر الفرق هناك**)؛ أي: في النكاح، وهو قوله: (والواحد يتولى طرفي النكاح).

وفي الكافي: خلاف الشافعي فيما إذا لم يكن من القائل نية البيع في لفظ

---

(١) العزيز شرح الوجيز للرافعي (٤/ ١١).

(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

وَقَوْلُهُ: رَضِيت بِكَذَا أَو أَعطَيتُك بِكَذَا أَو خُذهُ بِكَذَا فِي مَعنَى قَولِهِ: بِعتُ وَاشتَرَيتُ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي مَعنَاهُ، وَالمَعنَى هُوَ المُعتَبَرُ فِي هَذِهِ العُقُودِ، وَلِهَذَا يَنعَقِدُ بِالتَّعَاطِي فِي النَّفِيسِ وَالخَسِيسِ ....

المستقبل، أما إذا كان ينعقد بلا خلاف كما ذكرنا.

قوله: (أو خذ هذا بكذا) وكذا قوله لك: هذا بكذا، وكذا لو قال المشتري: رضيت أو قبلت، أو أجزت أو أخذت، وما أشبه ذلك، ولا فرق بين أن يكون البادي البائع أو المشتري.

(لأنه)؛ أي: **قوله: (رضيت)** إلى آخره **(يؤدي معناه)**؛ أي: معنى قوله: بعتُ واشتريتُ، فإن الإعطاء والرضا يتضمن معنى البيع، وكذا الأمر بالأخذ بالبدل يستدعي سبق البيع في هذه العقود، أي: العقود التمليكية، فكل لفظ يدل على معنى المبادلة بالرضا ينعقد به البيع، ولا خلاف للأئمة الأربعة فيه، ولا يلزم على أصحابنا شركة المفاوضة؛ فإنهم قالوا: إنها تنعقد بلفظة المعاوضة فقط؛ لأن عقد المعاوضة لما اشتمل على شروط لا يهتدي إلى استيفائها العوام في معاملاتهم؛ اشترط اللفظ الخاص بها، حتى لو كانا عالمين بشروطهما فعقدوا شركة المفاوضة بلفظ آخر، مع استيفاء الشروط صح. كذا في شرح المجمع.

وبقوله: **(في هذه العقود)** احتراز عن الطلاق والعتاق، فإن اللفظ فيهما يقام مقام المعنى.

(ولهذا)؛ أي: ولأن الاعتبار للمعنى **(ينعقد البيع بالتعاطي)** في النفيس والخسيس، والخسيس: ما تكون قيمته دون نصاب السرقة، والنفيس: ما يكون قيمته مثله أو فوقه، والمشهور من مذهب الشافعي أن البيع لا ينعقد بالتعاطي؛ لأن الأفعال لا دلالة لها بالوضع على قصود الناس.

وقال مالك: ينعقد البيع بكل ما [٢/ ٥٤/ب] يعده الناس بيعا، وبه قال بعض أصحاب الشافعي، وذلك مثل لفظ الأخذ والإعطاء بكذا كما ذكرنا.

وفي حلية المؤمن: وهذا هو الاختيار وعليه العمل في بلاد الإسلام.

هُوَ الصَّحِيحُ لِتَحَقُّقِ المُرَاضَاةِ.

وفي تتمتهم: وهو المختار للفتوى؛ لأن المقصود المبادلة بالرضا، فمتى حصل يثبت حكم البيع بأي شيء حصل؛ لأنه لم يصح في الشرع اشتراط لفظ، فوجب الرجوع إلى العرف. هكذا قاله النواوي.

قوله: (هو الصحيح) احتراز عن قول الكرخي، فإن عنده لا يجوز البيع بالتعاطي إلا في الأشياء الخسيسة، أي: المحقرة، مثل: البقل، والرطل من الخبز، والبيض استحسانا للعادة؛ إذ القياس ألا ينعقد بالفعل؛ لأنه لا دلالة له على المقصود، وبه قال أحمد، وكذا خصه القدوري بالمستحقرة، ومما جرت العادة.

وفي الإيضاح: هذا خلاف ما ذكر محمد في الأصل في مواضع.

وفي المجتبى: انعقاد البيع يكون بالألفاظ وبالتعاطي أيضًا، أما الألفاظ، فينعقد بكل لفظين ينبئان عن معنى التمليك والتملك بصيغة الماضي أو الحال، دون الأمر والمستقبل، فينعقد بلفظ البيع وما قام مقامه كما ذكرنا.

وفي جمع النوازل: قال: أبعتني عبدك بألف؟ باستفهام، فقال: نعم؛ فقال: أخذته، فهذا بيع لازم، وقوله: أبعتك، كقوله: بعت.

وفي شرح الإسبيجابي: لو قال: أبيع منك هذا، أو أبدله، أو أعطيتكه؛ فقال: اشتريته بكذا، أو أخذته، ونويا الإيجاب للحال ينعقد البيع.

وفي فتاوى قاضي خان: قال: اشتريته منك بألف؛ فقال: فعلت [أو نعم، أو هات الثمن صح البيع، ولو قال: هذا عليك بألف][1] فبيع.

وفي النوازل: لو أضاف البيع إلى ما لو أضاف إليه العتق يصح صح البيع، كالوجه والرأس والفرج. قال: اشتريته منك بكذا، فتصدق به على هؤلاء، أو اقطعه لي قميصًا، ففعل في المجلس صح، وإلا فلا، وكذا الإقالة.

وعن الإمام السرخسي: لو قال (اين بجارية راار من خريدي بجنديني) فقال (خريدم ولم يقل هو فروخم) صح؛ لأن معناه (خريدي كه من قروحم).

وفي المحيط: سماع المتعاقدين الإيجاب والقبول شرط للانعقاد، ولو

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

....

سمع أهل المجلس، وقال البائع: لم أسمعه وليس به وقر لم يصدق. ولو قال: خذ هذا الثوب بعشرة، فقال: أخذت، أو قال: كل هذا الطعام بدرهم لي عليك؛ تم البيع وأكله حلال، والأكل والركوب واللبس بعد قول البائع بعت رضا بالبيع. ولو قال وهبتك ووهبت لك هذه الدار وهذا العبد بثوبك هذا؛ فبيع بالإجماع. ولو قال: إن أديت ثمنه فقد بعته منك، فأداه في المجلس صح استحسانا. ولو قال: هو لك بكذا إن وافقك، أو قال: أعجبك، أو إن أردت، فقال: وافقني أو أعجبني أو أردت جاز.

وفي جمع النوازل: قال: اذهب بهذه السلعة وانظر إليها اليوم، فإن رضيتها فهي لك بألف، فذهب به جاز، وكذا إن قال: إن رضيتها اليوم، وهذا تفسير البيع بالخيار إلى الليل. قال: بعتكه بألف فقبض، ولم يقل شيئًا، أو قال وهو حرٌّ، فقبول وعتق، بخلاف قوله: وهو حرٌّ. ولو قال: بعتكه بكذا بعد جري مقدمات البيع، فقال: اشتريت ولم يقل منك، أو على العكس صح.

ولو قال: اشتريته بكذا، فقال: هو لك أو عبدك؛ قيل: يجوز. وقال: بعته من فلان الغائب، فحضر الغائب في المجلس وقال اشتريت؛ صح. ولو قال لرسوله فبلغه، فقال: اشتريت صح، فالواحد لا يتولى طرفي العقد إلا الأب، يشتري مال ولده الصغير لنفسه، أو الوصي مال اليتيم لنفسه، أو القاضي بأمره، أو العبد نفسه من مولاه بأمره.

أما التعاطي فهو لو قال لقصاب: زِنْ منوين من اللحم بدرهم، فوزن ودفعه وأخذ الدرهم يجوز، ولو قال: زن من هذا اللحم ثلاثة أرطال فوزن؛ فالمشتري بالخيار إذا قطعه؛ لأنه ليس بمعلوم، وإن أخذه فلا. ولو قال: زن لي من هذا الجنب أو الرجل، والمسألة بحالها؛ فلا خيار له. وكذا لو قال: زن لي ما عندك من اللحم على حساب ثلاثة أرطال بدرهم جاز ولا خيار له.

وفي أجناس الناطفي: ولو قال: بكم تبيع قفيز حنطة، فقال: بدرهم، فقال: اعزله فعزله فهو بيع، وكذا لو قال مثله للقصاب فوزنه وهو ساكت فهو بيع، حتى لو امتنع من دفع الثمن وأخذ اللحم، أو امتنع القصاب من دفع اللحم أجبرهما القاضي عليه، ونص محمد أن بيع التعاطي كما يثبت بقبض البدلين

....

يثبت بقبض أحدهما.

وقال صدر القضاة وغيره: إن بيع التعاطي بيع وإن لم [٢/ ٥٥/أ] يوجد تسليم الثمن.

وفي الذخيرة: اختلف المشايخ في أن الإعطاء من الجانبين شرط في بيع التعاطي أو من أحدهما يكفي، وأشار محمد في الجامع الصغير أن تسليم المبيع يكفي.

وفي جمع التفاريق: تسليم المشتري ما اشترى إلى من يطلبه بالشفعة في موضع لا شفعة فيه بيع، وكذا تسليم الوكيل ما اشتراه لنفسه إلى الموكل إذا قبضه الآمر، أو أنكر الآمر وقد اشتري له، وكذا ردها بخيار والبائع يستيقن أنها ليست له، فأخذها ورضي، وكذا الرد بعد الثلث والبيع ببينة زور إذا رضي الآمر عند أبي يوسف. ولو جاء المودع بأمة أخرى، وقال: هذه أمتك وحلف؛ حلّ الوطء لهما ـ أي: للمودع والأمة ـ لأنه رضي وتسلّم.

وعن أبي يوسف: لو قال للخياط: ليست هذه بطانتي فحلف الخياط؛ وسعه أخذها.

قال الدلال للبزاز: هذا الثوب بدينار فخذه، فقال البزاز: ضعه فوضعه؛ استحسن أن يكون بيعا.

ولو اختلفا في الإيجاب والقبول، بأن قال البائع: بعته بألف، وقال: اشتريته بألفين؛ جاز، فإن قَبِلَ البائع الزيادة ثم بألفين. وإلا يصح بألفين، فقال البائع: بعته بألف؛ جاز، وكأنه قَبِلَ بالألفين، وإلا يصح بألف جاز، وكأنه قَبِل بألفين، وحط عنه ألفا.

قال: بعته بألف إلى سنة، أو يشترط خيار؛ لم يتم إلا إذا أجاز في المجلس. ساومه بعشرة فقال: بعشرين، فقبضه من يده ولم يمنعه فبعشرة، وإن كان في يد المشتري فبعشرين عندهم جميعًا.

وقال الطحاوي: بآخرهما كلامًا، ولو مضيا على العقد بعد اختلاف كلمتيهما، ينظر إلى آخرهما كلامًا فيحكم بذلك.

قال: بعتكه بألف، بعتكه بمائة دينار فقَبِلهما، فهو زيادة إن قبلهما جاز.

قَالَ: (وَإِذَا أَوجَبَ أَحَدُ المُتَعَاقِدَينِ البَيعَ فَالآخَرُ بِالخِيَارِ: إن شَاءَ قَبِلَ فِي المَجلِسِ وَإِن شَاءَ رَدَّ)، وَهَذَا خِيَارُ القَبُولِ؛ لِأَنَّهُ لَو لَم يَثبُت لَهُ الخِيَارُ يَلزَمُهُ حُكمُ البَيعِ مِن غَيرِ رِضَاهُ، وَإِذَا لَم يَفسُد لِحُكمٍ بِدُونِ قَبُولِ الآخَرِ، فَلِلمُوجِبِ أَن يَرجِعَ عَنهُ قَبلَ قَبُولِهِ لِخُلُوِّهِ عَن إبطَالِ حَقِّ الغَيرِ، ....

وفي الزيادات: أنه بالثاني. وقيل: يلزمه الثمنان وإن استويا. ولو [قال][1]: بعتك هذين العبدين فقَبِلَ أحدَهما لم يجز، أو قال لرجلين: بعتكما هذا العبد، فقَبِلَ أحدُهما لم يجز لتفريق الصفقة. ولو فصل بأن قال: بعت هذا بألف وهذا بألف؛ فله أن يقبل أيهما شاء؛ لأن البائع فرّق.

قوله: (وإذا أوجب)؛ أي: أثبت وحقق، بأن قال: بعت أو اشتريت، والمراد بالإيجاب: ما بدئ من لفظه بعت أو اشتريت، أو ما يقوم مقامها.

(وهذا)؛ أي: **قوله: (والآخر بالخيار)** يسمى بخيار القبول؛ لقوله ﷺ: «**المُتبايعَانِ بالخِيارِ**»[2] أي: قولًا كما يجيء. ولأن حق الساكت في القبول لا يبطل بإيجاب الموجب إلا برضاه، وللموجب ـ أي: للبائع أو للمشتري ـ أن يرجع قبل قبول الآخر.

فإن قيل: ينبغي ألا يصح رجوعه ليعلن حق الآخر به، وهو يملك الثمن أو المبيع.

قلنا: الحق للموجب؛ لأنه أثبت الولاية للآخر للتمليك.

فإن قيل: يشكل بما إذا عجل الزكاة، حيث لا يجوز له حق الاسترداد؛ لتعلق حق التملك للفقير.

قلنا: الأصل موجود وهو النصاب، والوصف فائت وهو النماء، فلا يرجع لأجل فوات الأصل، ولا كذلك هاهنا؛ لأن الأصل ما وجد، بل وجد شطره، فلا يكون البيع موجودا. كذا في الكافي.

(لخلوه)؛ أي: لخلو الرجوع **(عن إبطال حق الغير)** لأنه لم يتعلق به حق الغير كما بينا.

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(٢) سبق تخريجه.

وَإِنَّمَا يَمتَدُّ إِلَى آخِرِ المَجلِسِ؛ لِأَنَّ المَجلِسَ جَامِعُ المُتَفَرِّقَاتِ، فَاعتُبِرَت سَاعَاتُهُ سَاعَةً وَاحِدَةً دَفعًا لِلعُسرِ وَتَحقِيقًا لِليُسرِ، وَالكِتَابُ كَالخِطَابِ، ....

وفي الخبازية: غاية ما في الباب: أن للمشتري حق التملك، ولكن لا يعارض حقيقة الملك، فلو لم يجز الرجوع لزم تعطيل حق المالك بحق التملك، وهذا لا يجوز، ولأن لكل إنسان حق التملك في ملك الغير بسبب من الأسباب، وذا لا يمنع تصرف المالك؛ ألا ترى أن للأب حق التملك في مال ولده عند الحاجة، وقبل تملكه يجوز تصرف الابن كيف شاء.

(وإنما يمتد)؛ أي: خيار القبول **(إلى آخر المجلس)** لأن ساعات المجلس كساعة واحدة، كما في الصرف والسلم وخيار المخيَّرة، وقراءة آية السجدة.

وقال الشافعي: شرط التوالي والتوافق بين الإيجاب والقبول لا الترتيب، حتى لو تخلل فصل طويل بينهما، أو تخللهما كلام آخر؛ لم ينعقد البيع، سواء تفرق عن المجلس أو لا، فينعقد لو قال البائع: بعت، وقال المشتري: اشتريتُ. ولو قال المشتري: استأجرتُ لم ينعقد لاختلافهما. كذا في الغاية وشرحه، وشرح الوجيز.

(والكتاب كالخطاب) وصورة الكتابة: أن يكتب إلى رجل: أما بعد، فقد بعتُ عبدي فلانًا منكَ بكذا، فلما بلغه الكتاب وقرأ وفهم ما فيه وقَبِل في المجلس تمَّ البيع، سواء تفرّقا عن المجلس أو لا. وصورة الإرسال: أن يقول لرجل: اذهب إلى فلان وقل له: إن فلانا باع عبده فلانًا منك بكذا، فجاءه الرسول وأخبر بما قال، فقال فلان في مجلسه ذلك: اشتريتُ أو قبلتُ [٢/ ٥٥/ ب] تم البيع.

وعند الشافعي: ينعقد في صورة الكتابة على أصح الوجهين إذا كانت مقرونة بالنية. وفي وجه: لا ينعقد؛ لأن المخاطب لا يدري بم خوطب، فلا يدل على الرضا. وبالرسالة ينعقد كما في الكفالة. كذا في شرح الوجيز[1].

وفي الحلية: لو كتب إليه ببيع سلعة منه لم يصح في أصح الوجهين[2].

وفي المجتبى: في جمع التفاريق: يصح الرجوع عن الرسالة، ولو بلغه الرسول بغير أمره، فقال: اشتريت لم يجز. ولو كتب إليه: اشتريته بكذا، فكتب

---

(١) العزيز شرح الوجيز للرافعي (٤/ ١٢).
(٢) حلية العلماء للشاشي (٤/ ١٥).

وَكَذَا الإِرسَالُ حَتَّى اعتُبِرَ مَجلِسُ بُلُوغِ الكِتَابِ وَأَدَاءِ الرِّسَالَةِ، وَلَيسَ لَهُ أَن يَقبَلَ فِي بَعضِ المَبِيعِ وَلَا أَن يَقبَلَ المُشتَرِي بِبَعضِ الثَّمَنِ لِعَدَمِ رِضَا الآخَرِ بِتَفَرُّقِ الصَّفقَةِ، إِلَّا إِذَا بَيَّنَ كُلَّ وَاحِدٍ؛ لِأَنَّهُ صَفَقَاتٌ مَعنى. قَالَ: ....

إليه: بعت تم البيع. ولو قال: بعته من فلان الغائب، حضر الغائب في مجلس وقَبِلَ صحّ.

وفي الخبازية: ذكر في المبسوط: لو كتب إليه: بعني بكذا، فقال: بعته، يتم البيع، وقد طعنوا في هذا بأن البيع لا ينعقد بهذا اللفظ من الحاضر، فكيف من الغائب؟

والجواب: أن مراد محمد بيان الفرق بين النكاح والبيع في شرط الشهود، دون بيان اللفظ الذي ينعقد به البيع، أو يقول: بعني من الحاضر، تكون استيامًا عادة، فأما من الغائب بالكتابة يراد أحد شطري العقد، فإذا انضم الشطر الآخر تم البيع، وفيه نوع تأمل.

(**وليس له**)؛ أي: للمشتري (**أن يقبل بعض البيع**) مثل: لو قال: بعته بألف، فقال: قبلت نصفه بخمسمائة، أو قال لشيئين: بعتهما بألف، فقال: قبلت في أحدهما بكذا المشترى، أي: المبيع، بأن قال: بعته بألف، فقال: قبلت بخمسمائة، وبه قال الشافعي.

(**تفرق الصفقة**) فإن من عادة الناس ضم الرديء إلى الجيد في البياعات ليروج الرديء بالجيد، فلو ثبت خيار القبول في أحدهما، فالمشتري يقبل العقد في الجيد ويترك الرديء على البائع، فيزول الجيد عن ملكه بأقل من ثمنه، وفيه ضرر البائع، فكان التفريق مستلزما للضرر.

(**لأنه**)؛ أي: البيع الذي فيه بيان ثمن كل واحد (**صفقات معنى**) ومراده: إذا تكرر لفظ البيع بأن قال: بعت هذا بكذا، وبعت هذا بكذا؛ لأن به تتعدد الصفقة لا بمجرد بيان ثمن كل واحد، فإنه لو قال: بعتهما بألف، هذا بخمسمائة وهذا بخمسمائة، فقبل أحدهما، لا يصح. كذا في المبسوط.

وفي الكامل: لو قال: بعتك هذين فقَبِل أحدهما، أو قال لرجلين: بعتكما هذا العبد، فقَبِلَ أحدهما؛ لم يجز للزوم تفرق الصفقة. ولو فصل وقال: بعتك

(وَأَيُّهُمَا قَامَ عَنِ المَجلِسِ قَبلَ القَبُولِ بَطَلَ الإِيجَابُ) لِأَنَّ القِيَامَ دَلِيلُ الإِعرَاضِ وَالرُّجُوعِ، وَلَهُ ذَلِكَ عَلَى مَا ذَكَرنَاهُ.

هذين، بعتك هذا بمائة وهذا بمائة؛ للمشتري أن يقبل أيهما شاء؛ لأن البائع فرق.

وفي المحيط: ولو كان الثمن متفرقا، ينظر: إن اتحد الإيجاب والقبول؛ فالصفقة متحدة، وإن تفرق الإيجاب والقبول؛ فالصفقة متفرقة، وإن تفرق الإيجاب واتحد القبول، أو على عكسه؛ فالصفقة متفرقة، قيل: هذا عندهما، أما عند أبي حنيفة متحدة.

قوله: (وأيهما قام) ذكره على وجه التعميم على المتعاقدين؛ احترازا عن إيجاب الخلع والعتق على مال، فإنه لا يعم المتعاقدين، حيث لا يبطل الإيجاب بقيام الزوج والمولى، بخلاف قيام المرأة والعبد.

وعن البديعي: المراد من القيام عن المجلس: الذهاب عن ذلك المكان، لا بمجرد الانتصاب، وإن كان المذكور في عامة الكتب مطلق القيام؛ لأن شيخ الإسلام خواهر زاده ذكر في شرح المجمع: إذا قام البائع ولم يذهب عن ذلك المكان، ثم قبل المشتري صح. وإليه أشير في جمع التفاريق.

قال صاحب المحيط: وهكذا كتبت في هذا الباب أيضًا.

وفي فتاوى الصغرى ما يخالف هذا، حيث قال فيه: الإيجاب في البيع يتوقف على المجلس، فإن قام أحدهما بطل وإن لم يذهب؛ لأن القيام [دليل الإعراض](١).

فإن قيل: الصريح أقوى من الدلالة، فلو قال بعد القيام: قبلت، ينبغي ألا يثبت الإعراض.

قلنا: الصريح إنما كان أقوى ويعمل إذا بقي الإيجاب بعد قيامه، وهاهنا لم يبق، فإن الأصل أن لا يبقى اللفظ بعد الفراغ منه، ولا يجمع قوله: قبلت به، إلا أن للمجلس أثرا في جمع المتفرقات، كما ذكرنا بالقيام لا يبقى المجلس.

وقيل: **قوله: (قام عن المجلس)** دليل على أن الذهاب عنه شرط؛ لأن القيام

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

وَإِذَا حَصَلَ الإِيجَابُ وَالقَبُولُ لَزِمَ البَيعُ وَلَا خِيَارَ لِوَاحِدٍ مِنهُمَا، إِلَّا مِن عَيبٍ أَو عَدَمِ رُؤيَةٍ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ﷺ: يَثبُتُ لِكُلِّ وَاحِد مِنهُمَا خِيَارُ المَجلِسِ لِقَولِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «المُتَبَايِعَانِ بِالخِيَارِ مَا لَم يَتَفَرَّقَا» وَلَنَا: أَنَّ فِي الفَسخِ إِبطَالَ حَقِّ

عنه يتحقق بالذهاب، أما لو لم يذهب لا يقال: قام عنه، بل يقال: قام فيه.

قوله: (ولا خيار لواحد)؛ أي: لأحد المتعاقدين، وبه قال مالك.

وفي شرح الطحاوي: هذا في البيع الصحيح.

وعند الشافعي: لهما خيار المجلس، وبه قال أحمد، فإنه ذكر في كتبهم: إذا حصل الإيجاب والقبول انعقد البيع، ويثبت لهما الخيار ما لم يتفرقا أو يتخايرا، وهو أن يقولا: اخترنا إمضاء البيع [٢/٥٦/أ] أو فسخه.

وروي أنه ﷺ إذا ابتاع شيئًا خير البائع. وروى البخاري عن ابن عمر أنه ﷺ قال: «**كُلَّ بَيِّعَيْنِ لَا بيعَ بينَهما حتّى يتفرّقا إلّا بيعَ الخِيارِ**»(١).

ولنا: قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ أُحِلَّتۡ لَكُم﴾ [المائدة: ١] وقوله تعالى: ﴿لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ﴾ [النساء: ٢٩] فأباح الأكل بوجود التراضي عن التجارة، والبيع تجارة عن تراض، فدل على نفي الخيار وصحة البيع، وجواز تصرف المشتري في البيع.

ولأن هذا عقد فيلتزم الوفاء به، وقوله تعالى: ﴿وَأَشۡهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعۡتُمۡۚ﴾ [البقرة: ٢٨٢] ندب إلى الإشهاد توثقة لهما في ثبوت الخيار يسقط معنى التوثق، فكان فيه معنى إبطال الكتاب.

وما روى مالك عن نافع عن ابن عمر أنه ﷺ قال: «**مَن ابْتاعَ طَعامًا فَلَا يَبيعَهُ حتى يَسْتَوفيهِ**»(٢) فمد المنع من البيع إلى وجود القبض، وعند وجوده ينتفي، سواء وجد في المجلس أو بعده، والبيع لا يجوز إلا بعد ثبوت الملك. كذا قيل، وفيه نوع تأمل.

---

(١) أخرجه البخاري (٢١١٣).

(٢) أخرجه الخاري (٢١٣٦) ومسلم (١٥٢٦).

الآخَرِ فَلَا يَجُوزُ. وَالحَدِيثُ مَحمُولٌ عَلَى خِيَارِ القَبُولِ.

وقول عمر ﷺ: "البيع صفقة أو خيار"، وقوله ﷺ: «**المسلمون عند شروطهم**»[(١)] وقد شرطا إمضاء البيع فيلزمهما.

وقوله ﷺ لحبان بن منقذ: «**إِذَا اشْتَرَيْتَ فقُلْ لَا خلابَةَ وَلِيَ الخِيارُ**»[(٢)]، فعلم أن البيع يلزم بالإيجاب والقبول، وقوله ﷺ: «**إذا ابْتَعْتَ فلا تَبِعْ حتى تَقِبِضَ**»[(٣)]، وما بعد الغاية يخالف ما قبلها، فظاهره أنه إذا قبض في المجلس جاز البيع، ولأن في إثبات الخيار لأحدهما يستلزم إبطال حق الآخر، فينتفي لقوله ﷺ: «**لَا ضَرَرَ ولَا ضِرارَ في الإسلامِ**»[(٤)] أي: لا يضرُّ الرجل أخاه ابتداء؛ لأن الضرر بمعنى الضر، وهو يكون من واحد، والضرار من اثنين بمعنى المضارة، وهو أن تضر من ضرك. ذكره في المغرب[(٥)].

ولأن الفسخ رفع بعد الوجود، ووجود البيع قائم بهما، فلا ينفرد أحدهما برفعه لاختصاص الرفع بمن وجد به الإثبات، ولأنه عقد معاوضة، فيلزم بالإيجاب والقبول كالنكاح لتمام التراضي.

(**والحديث محمول**) في المبسوط[(٦)]: راوي حديث ابن عمر مالك،

---

(١) أخرجه الترمذي (٣/ ٦٢٦ برقم ١٣٥٢) وابن ماجه (٢/ ٧٨٨ برقم ٢٣٥٣) من حديث عمرو بن عوف المزني ﷺ.
قال الترمذي: حديث حسن صحيح.

(٢) لفظها هكذا في كتب الفقه، ولا تلقى في مشهورات كتب الحديث سوى الرواية المقتصرة على قولهم «لا خلابة» وأما لفظة «ولي الخيار ثلاثة أيام» فلا تكاد توجد في كتاب حديث ولا فقه. انظر البدر المنير (٦/ ٥٣٨).
أما لفظة «لا خلابة» فقد أخرجها البخاري (٣/ ٦٥ برقم ٢١١٧) ومسلم (٣/ ١١٦٥ برقم ١٥٣٣) من حديث ابن عمر ﷺ، وأما شرط الخيار فأخرجه ابن ماجه (٢/ ٧٨٩ برقم ٢٣٥٥) بلفظ: «ثم أنت في كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال».

(٣) أخرجه الدارقطني (٣/ ٣٩٠ برقم ٢٨٢٠) وابن حبان (١١/ ٣٥٨ برقم ٤٩٨٣) من حديث حكيم بن حزام ﷺ.

(٤) أخرجه ابن ماجه (٢/ ٧٨٤ برقم ٢٣٤٠) والبيهقي في الكبرى (٦/ ٢٥٨ برقم ١١٨٧٧) من حديث عبادة بن الصامت ﷺ.

(٥) المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي (ص ٢٨٢).

(٦) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ١٥٧).

وَفِيهِ إِشَارَةٌ إِلَيهِ، فَإِنَّهُمَا مُتَبَايِعَانِ حَالَةَ المُبَاشَرَةِ لَا بَعدَهَا ....

ومذهبه: أن خيار المجلس لا يثبت، وعمل الراوي بخلاف الحديث دليل ضعفه، ولهذا قال ابن عربي: قال مالك: ليس هذا الحديث عندنا حد معروف ولا أمر معمول به، ولو صح الحديث، فالمراد بالمتبايعان: المتساومان، فإن حقيقة المتبايعين حالة التشاغل لا بعد الفراغ، كالمتقاتلين والمتشاتمين، وبه نقول: إن لكل واحد من المتساومين الخيار؛ ألا ترى أن الخيار بعد الإيجاب قبل القبول، فإن للمشتري القبول وتركه، وللبائع الرجوع قولًا وفعلًا، حتى إذا قام عن مجلسه لم ينعقد بالقبول بعده، وكذا لو بدأ المشتري وقال: اشتريته، فللبائع خيار القبول والرد، وللمشتري الرجوع قولًا وفعلًا، وهذا هو الخيار الذي يقتضيه الحديث إذا عمل بحقيقته، وهو منتهٍ بافتراقهما، واعتبار الحقيقة هو الأصل عند الإمكان، وقد أمكن بما ذكرنا، فلا نعمل بمجازه تحرزا عن الجمع بين الحقيقة والمجاز، فيكون المراد بالتفرق في الحديث: التفرق بالأقوال دون المكان والإمكان، وكذا في حديث البخاري.

وذكر أبو يوسف في الأمالي: أن تأويل الحديث: إذا قال لغيره: بعني هذه السلعة بكذا، فيقول الآخر: بعت، وبه نقول؛ إذ بعد هذا الكلام قبل قول المشتري اشتريت، فكل واحد منهما بالخيار.

فإن قيل: كيف يستقيم تأويل الحديث بخيار القبول؛ لأن خيار القبول من المشتري لا من البائع، والنبي ﷺ قال «**المُتبايعان**» فيقتضي أن يكون الخيار لهما، والقبول لا يتحقق من البائع؟

قلنا: قد تحقق كما ذكرنا، ولأن التمكين من القبول بمنزلة القبول، بدليل قوله تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي﴾ [النور: ٢] أثبت فعل الزنا فيهما باعتبار التمكين. كذا قيل.

(وفيه)؛ أي: في الحديث (إشارة إليه)؛ أي: إلى خيار القبول؛ لأن الحالة ثلاثة، أحدها: بعد تمام القولين. وثانيها: قبل تمامهما. وثالثها: حالة التكلم بهما، وفي الحالتين الأوليين إطلاق اسم المتبايعين مجاز محض باعتبار ما كان أو ما يؤول، وحالة التكلم وهي حالة الإيجاب قبل القبول حقيقة، قيل: حقيقة

أَو يَحتَمِلَهُ فَيُحمَلُ عَلَيهِ، وَالتَّفَرُّقُ فِيهِ تَفَرُّقُ الأَقوَالِ.

قاصرة؛ لأن أحدهما المتبايع، إذ لا يتصور لها حقيقة سواها، فكان في الحديث إشارة إليه.

ولأن هذه الحالة حالة جامعة لما كان قبل التبايع وما كان بعده، فكانت هي أحق بحقيقة [٢/٥٦/ب] حالة التبايع، وما روي أنه ﷺ إذا ابتاع شيئًا خيّر البائع؛ إنما فعل ذلك تفضلًا وتكرمًا، فلو كان الخيار للبائع ثابتا بالشرع لم يحتج إلى تخييره.

(أو يحتمله)؛ أي: يحتمل الحديث خيار القبول (فيحمل عليه)؛ أي: على خيار القبول؛ لأن ما روينا من الأحاديث محكم وهذا محتمل، فيحمل المحتمل على المحكم جمعًا بين الأحاديث بقدر الإمكان، وحمل الحديث على خيار القبول منقول عن إبراهيم النخعي.

(والتفرق)؛ أي: التفرق المذكور في الحديث (تفرق الأقوال) لما ذكرنا، وقد جاء في الكتاب والسنة التفرق وأريد به التفرق بين الأبدان، قال تعالى: ﴿وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ ٱللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِۦ﴾ [النساء:١٣٠] وقال تعالى: ﴿وَمَا تَفَرَّقَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَـٰبَ إِلَّا مِنۢ بَعْدِ مَا جَآءَتْهُمُ ٱلْبَيِّنَةُ ۝٤ وَمَآ أُمِرُوٓا۟﴾ [البينة:٤ ـ ٥] وقال ﷺ: «**افترقَت اليهودُ والنَّصارى على ثنتينِ وسبعينَ فِرقةً...**»(١) الحديث.

وقيل: لم يكن لتفرقهما بالأبدان وقت معلوم ولا غاية معروفة، إلا أن يقوم أحدهما أو يقوما على ما ذهب إليه الخصم، وهذه جهالة يقف عليها انعقاد البيع، فيصير من بيع المنابذة والملامسة، وهذا مقطوع بفسادها، [وهذا](٢) معنى قول [مالك](٣): ليس لهذا الحديث حد معروف.

وفي المجتبى: اعلم أنه لا بد من معرفة اتحاد الجنس وافتراقه، والمتحدان لا يشتغل أحد المتعاقدين بعمل غير ما عقد له المجلس، أو بما هو دليل الإعراض عن العقد.

---

(١) أخرجه أبو داود (١٩٧/٤ برقم ٤٥٩٦) والترمذي (٢٥/٥ برقم ٢٦٤٠) من حديث أبي هريرة ﷺ. وقال: حديث حسن صحيح.

(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية. (٣) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

....

وفي مبسوط شيخ الإسلام: لو أكل لقمة واحدة لا يتبدل المجلس، ولو اشتغل بالأكل يتبدل، ولو كان في يده قدح عند الإيجاب فشرب منه لا يتبدل، وكذا لو كان في الركعة الأولى من التطوع فأضاف إليها أخرى، أو في الفريضة ففرغ منها، ولو ناما مضطجعين أو أحدهما فهو فرقة، ولو ناما جالسين فلا، ولو كانا يمشيان فخطا خطوة ثم قبل جاز، وهذا خلاف ظاهر الرواية.

وفي جمع العلوم: خطا خطوتين جاز وبه نأخذ، ولو كانا يسيران على دابة أو في محمل لم ينعقد حتى يتصل، والسفينة كالبيت، ولا يجوز أن يناديه من بعيد ومن وراء جدار.

قال تاج الدين: يمشيان أو يسيران على دابة واحدة أو دابتين، فإن كان بين الإيجاب والقبول فصل وسكوت وإن قل لا يصح، وإن كانا متصلين يصح، وقيل: يجوز ما لم يفترقا بدابتهما؛ لأن القيام دليل الإعراض، أما السير بلا افتراق فلا، وهكذا في خيار المخيرة، بخلاف سجدة التلاوة.

وفي جمع التفاريق: قارن رد البائع إيجابه قبول المشتري بطل، ولو قال: بعتكه بألف، ثم قال الآخر: بعتك نصفه بخمسمائة فقبلا، فللثاني، ولا قبول للأول.

قال: أعطيتك كذا فلم يقبل، حتى حكّم البائع إنسانا في حاجة بطل.

وفي شرح الوجيز: خيار المجلس ينقطع بالتحايز وبالتفرق بأبدانهما، ولو اختار أحدهما يقطع خياره وبقي خيار الآخر. وفي وجه: لا يبقى خيار الآخر[1]، وأما التفرق بالأبدان: فلو قاما في ذلك المجلس مدة طويلة أو قاما أو تماشيا منازل؛ فهما على خيارهما، وهو المذهب. وقيل وجهان غيره.

وقال بعض الأصحاب: لا يزيد الخيار على ثلاثة أيام، والوجه الثاني: لو شرعا في أمر آخر وأعرضا عمّا يتعلق العقد به وطال الفصل؛ انقطع الخيار. نقله صاحب البيان.

---

(١) العزيز شرح الوجيز للرافعي (٤/ ١٧٤).

قَالَ: (وَالأَعوَاضُ المُشَارُ إِلَيهَا لَا يُحتَاجُ إِلَى مَعرِفَةِ مِقدَارِهَا فِي جَوَازِ البَيعِ)

ثم الرجوع في التفرق إلى العادة، فما يعده الناس تفرقا يلزم به العقد، وما لا فلا، فلو كانا في دار صغيرة فالتفرق أن يخرج منها أو يصعد السطح، وكذا لو كان في مسجد صغير أو سفينة صغيرة، ولو كانت الدار كبيرة فالتفرق أن يخرج أحدهما إلى الصحراء، أو بدخوله من الصحن في بيت أو صفة، ولو كانا في السوق فإذا ولَّى أحدهما ظهره ومشى قليلا حصل التفرق.

وعن الإصطخري: فالشرط أن يبعد بحيث إذا كلم صاحبه على الاعتياد من غير رفع الصوت لم يسمع، ولا يحصل التفرق بإرخاء الستر بينهما، ولو بني بينهما جدار فوجهان، أحدهما ـ وهو الأصح ـ: لا يحصل التفرق، ولو تبايعا من بعيد صح البيع، قيل: لا خيار؛ لأن البعد المقارن يمنع ثبوته، كما أن البعد الطارئ يمنعه، وقيل: يثبت ما داما في موضعهما، ولو مات أحدهما في المجلس فالخيار لوارثه، وقيل: يسقط ويلزم البيع؛ لأن مفارقة الدنيا كمفارقة المكان بل أولى.

وهل ينقطع خيار الحي على تقدير أن لا خيار للوارث؟ قيل: ينقطع، وقيل: لا ينقطع.

ثم الوارث إن كان حاضرًا في المجلس يمتد اختياره إلى آخره، وفي الغائب لو وصل الخبر إليه، قيل: على الفور، وفي وجه: يدوم كما للمورث [٢/ ٥٧/ أ].

ولو كان الوارث اثنين أو ثلاثة فكذا الحكم إن كانوا حضورًا، ولا ينقطع بمفارقة بعضهم على الأصح، وإن كانوا غُيَّبًا فلهم الخيار إذا اجتمعوا في مجلس واحد.

قوله: (**والأعواض المشار إليها**) أراد بذلك ما يقع العقد عليه، سواء كان من النقدين أو غيرهما، وسواء كانت ثمنا أو مثمنا، بعد أن لم يكن في الأموال الربوية، فإنها إذا بيع بجنسها عند جهالة مقدارها لا يجوز، وإن أشار إليها لاحتمال الربا على ما يجيء.

والتقييد بالبيع احتراز عن السلم عند أبي حنيفة كما يجيء، ولا يكتفي

لِأَنَّ بِالإِشَارَةِ كِفَايَةَ فِي التَّعرِيفِ، وَجَهَالَةُ الوَصفِ فِيهِ لَا تُفضِي إِلَى المُنَازَعَةِ (وَالأَثمَانُ المُطلَقَةُ لَا تَصِحُّ إِلَّا أَن تَكُونَ مَعرُوفَةَ القَدرِ وَالصِّفَةِ)؛ لِأَنَّ التَّسلِيمَ وَالتَّسَلُّمَ وَاجِبٌ بِالعَقدِ، وَهَذِهِ الجَهَالَةُ مُفضِيَةٌ إِلَى المُنَازَعَةِ فَيَمتَنِعُ التَّسلِيمُ وَالتَّسَلُّمُ، وَكُلُّ جَهَالَةٍ هَذِهِ صِفَتُهَا تَمنَعُ الجَوَازَ، هَذَا هُوَ الأَصلُ. قَالَ: (وَيَجُوزُ البَيعُ بِثَمَن

بالإشارة وجهالة الوصف فيه، أو وصف المقدار في التعريف أو في البيع لا يفضي إلى المنازعة؛ لأنها حاضرة، والتقابض حالّ، بخلاف جهالة وصف المقدار في المسلم فيه؛ حيث لا يجوز لأدائها إلى المنازعة لعدم حضوره.

قوله: (والأثمان المطلقة) ذكر الإطلاق هاهنا للاحتراز عن أثمان غير مخلوقة للثمنية؛ لأنه ذكره بعد قوله: (والأعواض المشار إليها) مع اختلاف الحكم، علم أن ذلك الاختلاف لم ينشأ إلا بذكر الإشارة وعدمها؛ لأن ذكر القدر والصفة شرط في الثمن إذا لم يكن مشارًا، وإن لم يكن هو مخلوقا للثمنية كالمكيلات والموزونات كما هو شرط في النقدين، فلم يفد الاحتراز عنه بذكر الإطلاق، فيكون المراد بالإطلاق هاهنا: ما لم يقع العقد عليه بالإشارة، وإنما يدخل في العقد بالتسمية، وبيان القدر أن يقول: عشرة أو خمسة، وبيان الوصف أن يقول: سمرقندي أو بخاري.

(هذا)؛ أي: كون الجهالة المفضية إلى المنازعة مانعة (هو الأصل)؛ أي: [في][1] كتاب البيوع بالإجماع؛ لأن شرعية المعاملات لقطع المنازعات المفضية إلى الفساد.

وفي جامع قاضي خان والمجتبى: الأصل فيه: أن التسليم واجب بقدر البيع، فكل جهالة لا تؤثر في التسليم لا تؤثر في العقد، فإذا كانت الأعواض مشارًا إليها أمكن تسليمها بلا منازعة، فأما إذا لم تكن مشارًا إليها لا يمكن التسليم إلا بذكر القدر والصفة، فلم يصح العقد بدون ذكرهما، ثم لا بد من معرفة الأثمان المطلقة.

في الكامل: النقدان والفلوس ثمن كيفما ذكرا؛ لأنهما لا يتعينان عندنا، خلافا للشافعي، فيثبت في الذمة.

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

حَالٌ وَمُؤَجَّل إِذَا كَانَ الأَجَلُ مَعلُومًا) لِإِطلَاقِ قَوله تَعَالَى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥] وَعَنهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «أَنَّهُ اشتَرَى مِن يَهُودِيٍّ طَعَامًا إِلَى أَجَل مَعلُوم وَرَهَنَهُ دِرعَهُ». وَلَا بُدَّ أَن يَكُونَ الأَجَلُ مَعلُومًا؛ لِأَنَّ الجَهَالَةَ فِيهِ مَانِعَةٌ مِن التَّسلِيمِ الوَاجِبِ بِالعَقدِ، فَهَذَا يُطَالِبُهُ بِهِ فِي قَرِيبِ المُدَّةِ، وَهَذَا يُسَلِّمُهُ فِي بَعِيدِهَا.

قَالَ: (وَمَن أَطلَقَ الثَّمَنَ فِي البَيعِ كَانَ عَلَى غَالِبِ نَقدِ البَلَدِ)؛ لِأَنَّهُ المُتَعَارَفُ،

وعن الفراء: الثمن ما ثبت في الذمة.

قال صاحب المجتبى: وهو المراد بالأثمان المطلقة هاهنا.

وفي الكامل: الأعيان التي ليست بمثلية مبيعة؛ لأنها تتعين، أما المكيل والموزون والمعدود المتقارب، إن قوبل بالنقدين [ممتنع؛ يرجح معنى الثمنية في النقدين][(١)] وإن قوبل [بالنقدين][(٢)] وغيرهما وعُيِّن، و [إن][(٣)] لم يعين وصحبه الباء فثمن، وما لا يثبت في الذمة أصلا، أو إلا سلما ممتنع.

ولا خلاف للأئمة الأربعة أن الثمن إذا لم يكن معينا لا بد من بيان قدره ووصفه، وكذا المبيع لما ذكرنا أن الجهالة مانعة من التسليم والتسلم.

قوله: (**أو مؤجل**) وفي بعض النسخ: (ومؤجل) وعليه إجماع العلماء؛ لأن قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة:٢٧٥] يتناولهما، وللحديث المذكور في المتن، ولقوله ﷺ: «**من أسلم منكم...**»[(٤)] الحديث.

ولا بد من كون الأجل معلوما؛ لأن جهالته مانعة من التسليم والتسلم، فيؤثر في صحة العقد.

وفي الكامل: ولو قال: بعتكه بألف حالًا وبألفين نسيئةً لا يجوز لجهالة الثمن.

قوله: (**ومن أطلق الثمن**) أي: عن ذكر الوصف، يعني: ذكر القدر والنوع

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(٣) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(٤) أخرجه البخاري (٣/ ٨٥ برقم ٢٢٤٠) ومسلم (٣/ ١٢٢٦ برقم ١٦٠٤) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

وَفِيهِ التَّحَرِّي لِلجَوَازِ فَيُصرَفُ إِلَيهِ (فَإِن كَانَت النُّقُودُ مُختَلِفَةً فَالبَيعُ فَاسِدٌ إِلَّا أَن يُبَيِّنَ أَحَدُهُمَا) وَهَذَا إِذَا كَانَ الكُلُّ فِي الرَّوَاجِ سَوَاء؛ لِأَنَّ الجَهَالَةَ مُفضِيَةٌ إِلَى المُنَازَعَةِ إِلَّا أَن تَرتَفِعَ الجَهَالَةُ بِالبَيَانِ أَو يَكُونَ أَحَدُهُمَا أَغلَبَ وَأَروَجَ، فَحِينَئِذ يُصرَفُ إِلَيهِ تَحَرِّيًا لِلجَوَازِ، وَهَذَا إِذَا كَانَت مُختَلِفَة فِي المَالِيَّةِ، فَإِن كَانَت سَوَاء فِيهَا كَالثُّنَائِيِّ وَالثُّلَاثِيِّ وَالنُّصرُتِيِّ اليَومَ بِسَمَرقَندَ وَالِاختِلَافُ بَينَ العَدَالَى بِفَرغَانَةَ، جَازَ البَيعُ إِذَا أُطلِقَ اسمُ الدِّرهَمِ، كَذَا قَالُوا، وَيَنصَرِفُ إِلَى مَا قَدَّرَ بِهِ مِن أَيِّ نَوع كَانَ؛ لِأَنَّهُ لَا مُنَازَعَةَ وَلَا اختِلَافَ فِي المَالِيَّةِ.

دون الوصف، فإنه لو لم يذكرهما كانت هذه المسألة عين الأولى، وهي قوله: **(والأثمان المطلقة)**.

وفي البدرية: إنما أورد هذا ليبين أن تعريف الصفة كما يحصل بالتنصيص يحصل بطريق الدلالة؛ باعتبار العرف وكثرة الاستعمال.

وفي الخبازية: قوله: **(أطلق)** أي: عن ذكر الوصف، وعن نقد البلد المتعارف، فيكون هو الغالب.

(وفيه)؛ أي: الصرف إلى نقد البلد **(التحري)**؛ أي: طلب الجواز؛ إذ أمور المسلمين محمولة على الصحة ما أمكن، فإن الظاهر من حال المسلم أن يقصد الصحيح من البيع، وذلك بالصرف إلى ما جرت به العادة، فصار كأنهما نطقا بنقد البلد، إذ المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا.

(وهذا)؛ أي: فساد البيع في صورة استواء النقود **(في الرواج)** مع اختلافهما في المالية، كالذهب الزكني والخليفتي، فإن الخليفتي أفضل في المالية من الزكني، فإنهما كانا غالب نقد البلد.

وعند الشافعي: يفسد البيع أيضًا، لكن عنده لا فرق بين البطلان والفساد كما يجيء.

وفي جمع النوازل: اشترى بألف ولم يبينها، وفي البلد نقود مختلفة، فإن كانت في الرواج سواء ولا فضل لبعضها على بعض جاز البيع، وإن كان بعضها أفضل وأحدها أروج جاز بالأروج، وإن استوت في الرواج [٢/ ٥٧/ ب] لا يجوز.

وفي جمع التفاريق: قال: بعني بهذه الدراهم فأراه، فإذا هي زيوف أو

قَالَ: (وَيَجُوزُ بَيعُ الطَّعَامِ وَالحُبُوبِ مُكَايَلَة وَمُجَازَفَة) ....

ستوقة ولم يعلما أعطاه خيرا، ولو تصادقا على أن البائع كان يعلم وحده فكذا في الستوقة، ولو علما وكل واحد يُعلِمُ صاحبه وقع البيع على هذا.

وفي المحيط: لو وجده ستوقة فسد البيع.

والزيف: ما رده بيت المال. والستوقة: فارسي معرب، معناه: سه طاقة؛ لأنها تكون مموهة الجانبين بالفضة، ويكون وسطه [نحاسًا][1] أو رصاصًا.

قال برهان الأئمة: لو [قال][2]: اشتريتها بهذه الصرة، [أو بما في هذه الصرة][3] من الدراهم، فوجدها خلاف نقد البلد؛ ليس له الرد. ولو قال: بما في هذه الخابية من الدراهم فله الخيار، وإن وجدها نقد البلد، ويسمى هذا خيار الكمية.

وفي فتاوى قاضي خان: قال لمديونه: بعني هذا ببعض العشرة، وبعني هذا بما بقي من العشرة جاز[4].

وفي المجرد: قال: بعتكه بقفيز حنطة أو دقيق، لا يصح حتى يقول جيد أو وسط أو رديء، وكذا بكذا ثمرة، وكذا كل ما يكال أو يوزن. فلو اشتراه بمائة مثقال فضة غير معينة أو ذهب لا يجوز حتى يصفه جيد أو رديء، ولو قال: بألف نبهرجة أو زيوفا لا يصح، إلا إذا كانت معروفة في البلد.

وفي المبسوط: النبهرج: ما بهرجه التجار - أي: أهدره - ، فالمسامح المساهل منهم يتجوز، والمستقصي لا يتجوز به لغش فيه[5].

وفي المغرب: النبهرج: الدرهم الذي فضته رديئة، وقيل: للذي الغلبة فيه الفضة[6]، الثنائي ما كان اثنان منه دانقًا، والثلاثي ما كان الثلاثة منه دانقًا، والنصرى بسمرقند بمنزلة الناصري ببخارى. كذا في الحميدية.

قوله: (ويجوز بيع الطعام): الطعام في عرف هذا الزمان يقع على الحنطة ودقيقها، فحينئذ لا يكون ذكر الحبوب مستدركًا، فكان المراد من الحبوب

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٣) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٤) فتاوى قاضي خان (٢/ ٦٩).
(٥) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٢/ ١٤٤).
(٦) المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي (ص ٥٣).

وَهَذَا إِذَا بَاعَهُ بِخِلَافِ جِنسِهِ لِقَولِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «إِذَا اختَلَفَ النَّوعَانِ فَبِيعُوا كَيفَ شِئتُم بَعدَ أَن يَكُونَ يَدًا بِيَدٍ» بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَهُ بِجِنسِهِ مُجَازَفَةً، لِمَا فِيهِ مِن احتِمَالِ الرِّبَا، وَلِأَنَّ الجَهَالَةَ غَيرُ مَانِعَةٍ مِن التَّسلِيمِ وَالتَّسَلُّمِ فَشَابَهَ جَهَالَةَ القِيمَةِ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ بِإِنَاءٍ بِعَينِهِ لَا يُعرَفُ مِقدَارُهُ، وَبِوَزنِ حَجَرٍ بِعَينِهِ لَا يُعرَفُ مِقدَارُهُ)؛ لِأَنَّ الجَهَالَةَ لَا تُفضِي إِلَى المُنَازَعَةِ، لِمَا أَنَّهُ يَتَعَجَّلُ فِيهِ التَّسلِيمَ فَيُندَرُ

غيره، أو اسم الطعام غلب على البر، كما جاء في حديث الفطرة: «**صاعًا مِن طَعامٍ**»[١] فكان ذكر الحبوب بعده يقع على ما يعتبر حبه، كالباقلّى والحمصة، فإنهما يؤكلان حبًّا حبًّا، وألحق غيرهما بهما دلالة؛ لدخول كل منهما تحت الكيل.

المكايلة: (بالكد بكرجمانة معاملة كردن)، والمجازفة: الجزاف، فارسي معرب، وهو البيع بالحدس أو الظن بلا كيل ولا وزن. كذا في الصحاح، والمغرب[٢].

(**وهذا**)؛ أي: البيع مجازفة، ثم هذا القيد وهو قوله: (**إذا باعه بخلاف جنسه**) إنما يكون يفيد إذا كان شيئًا يدخل تحت الكيل، فأما إذا كان قليلا لا يدخل تحت الكيل فيجوز بيعه بجنسه مجازفة أيضًا. كذا في الذخيرة.

(**فَشَابَهَ**)؛ أي: جهالة المجازفة (**جهالة القيمة**) بأن اشترى شيئًا بدرهم، ولم يدر قيمته أزيد منه أو أنقص يجوز؛ لأن هذه جهالة لا تفضي إلى المنازعة وهي المانع.

قوله: (**ويجوز بإناء بعينه**) قالوا: هذا في إناء لا يحتمل الزيادة، كالإناء من حديد أو خشب وما أشبه ذلك، أما إذا احتمل كالزنبيل والجوالق والغرائر لا يجوز. كذا في المبسوط.

---

(١) أخرجه البخاري (٢/ ١٣١ برقم ١٥٠٦)، ومسلم (٢/ ٦٧٨برقم ٩٨٥) من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه.

(٢) المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي (ص ٨٣).

هَلَاكُهُ قَبلَهُ بِخِلَافِ السَّلَمِ؛ لِأَنَّ التَّسلِيمَ فِيهِ مُتَأَخِّرٌ وَالهَلَاكَ لَيسَ بِنَادِرٍ قَبلَهُ فَتَتَحَقَّقُ المُنَازَعَةُ.

لو اشترى بهذا الإناء يدًا بيدٍ فلا بأس به؛ لأن في المعين البيع مجازفة يجوز، فبمكيال غير معروف أولى؛ وهذا لأن التسليم عقيب البيع، والقدرة عليه في الحال ثابتة بقيام المكيال الذي عينه، وهو ظاهر المذهب.

ولو باع طعاما على أن يكيله بزنبيل أو بإناء يشبه الزنبيل لا يجوز في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وكذا لو اشترى وزن حجرة أو حجر لا يعرف وزنه، وكذا لو اشترط عليه وزن ثوب أو متاع أو ملء جوالق.

وفي جامع التفاريق: عن محمد: جواز الشراء بوزن هذا الحجر، وفيه الخيار. وعن أبي يوسف لا يجوز.

وفي جمع النوازل: لو اشترى بوزن هذا الحجر ذهبًا ثم علم به جاز وله الخيار، وكذا لو باع عبده بما باع فلان عبده جاز.

وفي جمع العلوم: لو يعلم المشتري جاز، وبما يبيع الناس لا يجوز.

وهكذا ظاهر مذهب الشافعي، وحكي عنه وجه: أنه يجوز وإن لم يعلم ما باع فلان، ووزن الحجر لإمكان الاستكشاف وإزالة الجهالة. كذا في شرح الوجيز(١).

وعن أبي جعفر: لو بعتك من هذه الحنطة مثل ما يملأ هذا البيت لا يجوز، ومثل ما يملأ هذا الطشت به يجوز. ولو باع حنطة على فرسخ أو فرسخين، ولم يسم أين هي؛ فالمشتري بالخيار إن شاء أخذها حيث كانت.

وفي حيل الخصاف: لا يجوز حتى يقول كذا مَـنًّا من بذر أو حنبق كذا. وعن أبي حنيفة: لا يجوز شراء قربة من ماء هذا النهر؛ لأن الماء ليس عنده ولا يعرف قدر القربة، وأطلق جوازه في المجرد، وكذا قربة بعينها أو راوية من ماء الفرات يوفيه من منزله، وجوزه أبو يوسف أيضًا. وعنه إذا ملأه ثم تراضيا جاز [٢/٥٨/أ] وهو مجازفة.

قال برهان الدين: باع كل حق له في هذه القربة، ولم يعلما نصيبه لم يجز،

---

(١) العزيز شرح الوجيز للرافعي (٤/٤٦).

وَعَن أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهُ لَا يَجُوزُ فِي البَيعِ أَيضًا، وَالأَوَّلُ أَصَحُّ وَأَظهَرُ، قَالَ: (وَمَن بَاعَ صُبرَةَ طَعَام كُلُّ قَفِيز بِدِرهَم جَازَ البَيعُ فِي قَفِيز وَاحِد عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، إِلَّا أَن يُسَمِّيَ جُملَةَ قُفزَانِهَا وَقَالَا: يَجُوزُ فِي الوَجهَينِ)(*) لَهُ: أَنَّهُ تَعَذَّرَ الصَّرفُ إِلَى

ولو علما جاز، ولو علم المشتري دون البائع جاز، وبه قال الشافعي، ومالك.

وعلى عكسه لا يجوز عند أبي حنيفة، وبه قال الشافعي. وقال مالك: إن بيَّنَه البائع يجوز، وإلا لا. ولو اشترى ما في يده ولم يعلما مقداره جاز، مضمونًا كان أو أمانة.

وفي جمع التفاريق: قال: في يدي لك أرض خربة بمكان كذا، فبعها مني، ولا يعرف البائع الأرض ولا قيمتها؛ فعن أبي حنيفة: لا يجوز البيع حتى يعلما، وعنه جاز وإن لم يعلما، وإليه رجع أبو يوسف. الكل من المجتبى.

وعن [أبي يوسف و](١) أبي حنيفة: يجوز في البيع، أي: في بيع المساومة أيضًا، وهو رواية الحسن عنه؛ لأن البيع في المكيلات لا يخلو إما أن يكون مكايلة أو مجازفة، وفي المجازفة لا بد أن يكون مشارًا إليه، وفي المكايلة هو القدر المسمى ولم يوجد شيء منهما؛ لأنه غير مشار إليه ولا مقدر؛ لأنه غير معلوم مقداره.

(والأول) وهو جواز بيع المساومة وعدم جواز السلم **(أصح)** ودليل الأصح مذكور في المتن **(وأظهر)** أي: بحسب الرواية والتعليل.

قوله: (يسمِّي جميع قفزانها) وفي بعض النسخ: (جملة قفزانها) أو كانت الصبرة في المجلس، وسلّم صح البيع ويثبت للمشتري الخيار.

(وقالا)؛ أي: أبو يوسف ومحمد **(يجوز على الوجهين)** وهو ما ذكر جملة القفزان وما لم يذكر، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد؛ لجهالة المبيع والثمن؛ لأن جملة القفزان غير معلوم، فيكون بإزائها غير معلوم أيضًا.

فإن قيل: سلمنا جهالتهما، ولكن جهالة لا تفضي إلى المنازعة، فينبغي ألّا يفسد البيع كما في الأعواض المشار إليها؛ لأن كل قفيز بدرهم، فبعد ذلك لا

(*) الراجح: قول الصاحبين.

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

الكُلِّ لِجَهَالَةِ المَبِيعِ وَالثَّمَنِ فَيُصرَفُ إِلَى الأَقَلِّ وَهُوَ مَعلُومٌ، وَإِلَّا أَن تَزُولَ الجَهَالَةُ بِتَسمِيَةِ جَمِيعِ القُفزَانِ أَو بِالكَيلِ فِي المَجلِسِ، وَصَارَ هَذَا كَمَا لَو أَقَرَّ وَقَالَ لِفُلَان: عَلَيَّ كُلُّ دِرهَم، فَعَلَيهِ دِرهَمٌ وَاحِدٌ بِالإِجمَاعِ.

وَلَهُمَا: أَنَّ الجَهَالَةَ بِيَدِهِمَا إِزَالَتُهَا وَمِثلُهَا ....

يتفاوت أن يكون الصبرة أمانة أو أقل أو أكثر.

قلنا: قد يفضي إلى المنازعة؛ لأن البائع يطالب المشتري الثمن أو لا، والثمن غير معلوم، فيعجز عن تسليم الثمن، وكذا البائع يعجز عن تسليم المبيع؛ لعدم عرفانه قدر المبيع، فيتنازعان.

(وهو)؛ أي: الأقل **(معلوم)**؛ أي: معلوم القدر والثمن، وجاز إفراده من الجملة؛ لعدم تضرر أحد، فصح فيه لصيانة كلاهما عن الإلغاء بقدر الإمكان.

(أو بالكيل في المجلس) قيد به؛ لأنه إذا كان بعد الافتراق منه لا يصح؛ لأن ساعات المجلس جعل كساعة واحدة، فالعلم فيه كالعلم في حالة العقد، أما لو افترقا تقرر الفساد فلا ينقلب جائزا.

فإن قيل: يشكل بما إذا كان الفساد بأجل مجهول، أو شرط الخيار أربعة أيام؛ فإنه ينقلب جائزا برفع المفسد بعد الافتراق عن المجلس.

قلنا: الفساد ثمة لم يتمكن في صلب العقد، فلا يتقيد رفع المفسد بالمجلس، فإن أثر الفساد هناك لا يظهر في الحال، بل يظهر عند دخول اليوم الرابع وامتداد الأجل. إليه أشير في جامع قاضي خان.

(بيديهما إزالتهما)؛ أي: إزالة الجهالة، بأن تكايلا الصبرة في المجلس، فلا تفضي إلى المنازعة.

(ومثلها)؛ أي: مثل الجهالة الغير المفضية إلى المنازعة، كبيع عبد من عبدين أو ثلاثة بالخيار.

فإن قيل: ينبغي أن يجوز البيع بالرقم عندهما؛ لأن إزالة الجهالة بيديهما، وبيع العبيد الأربعة على أن المشتري بالخيار ثلاثة أيام، والبيع بأي ثمن شاء المشتري؛ لأن الجهالة لا تفضي إلى المنازعة، والحال أن البيع في الكل باطل بالإجماع، أو فاسد.

غَيرُ مَانِعٍ، وَكَمَا إِذَا بَاعَ عَبدًا مِن عَبدَينِ عَلَى أَنَّ المُشتَرِيَ بِالخِيَارِ. ثُمَّ إِذَا جَازَ فِي قَفِيزٍ وَاحِدٍ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ فَلِلمُشتَرِي الخِيَارُ لِتَفَرُّقِ الصَّفقَةِ عَلَيهِ، ....

قلنا: أما الجهالة في البيع بالرقم تمكنت في صلب العقد، وهو جهالة الثمن بسبب رقم لا يعلمه المشتري، فصار بمنزلة القمار؛ لأنه يحتمل أن يبين البائع قدر الرقم بعشرة أو أقل أو أكثر، ولهذا قال الحلواني: لو علم المشتري بالرقم في المجلس لا ينقلب جائزا، لكن إذا كان البائع قائما على ذلك ورضي به المشتري ينعقد البيع بينهما بالتراضي. كذا في الذخيرة.

بخلاف ما نحن فيه؛ لأنه كما يعلم بكيل البائع يعلم بكيل المشتري، فكانت إزالة الجهالة بيديهما. وفيه نوع تأمل.

وأما في أحد الأربعة لا يجوز لعدم المعقود إليه؛ لأن العقد لم يعقد في غير المعين، وهذا القياس في الثلاثة، إلا أنا جوزنا في الثلاثة استحسانا بدلالة النص كما يجيء، وكذا في الشراء بأي ثمن شاء المشتري لا يجوز لعدم الثمن؛ لأنه لا يمكن أن يجعل قدرا من الثمن ثمنا في الحال قبل مشيئته، بخلاف ما نحن فيه؛ فإن المعقود عليه والثمن مذكور، ولكن [٢/٥٨/ب] غير معلوم القدر. كذا في مبسوط أبي اليسر.

وأما جواز أبي حنيفة عن بيع عبد من عبدين، أن القياس فيه الفساد، إلا أنا جوزناه استحسانا بالنص.

وفي المبسوط: الأصل عند أبي حنيفة: أنه متى أضاف كلمة (كل) إلى ما لا يعلم نهايته؛ فإنما يتناول أدناه وهو الواحد، ضرورة صيانة الكلام عن الإلغاء، كما قال: لفلان عليّ كل درهم؛ يلزمه درهم واحد[١]، كذلك إذا كفل بنفقة امرأة من زوجها، فإنه يلزمه في شهر واحد، وعندهما هو كذلك فيما لا يعلم نهايته بالإشارة إليه، فأما فيما يعلم جملته بالإشارة ـ كما في الصبرة وغيرها من الزروع والمعدود ـ فيجوز، ثم إذا جاز في قفيز واحد صيانة لكلامهما عن الإلغاء، إذ الضرورة تندفع بالواحد عن المشتري الخيار.

(**لتفرق الصفقة عليه**)؛ أي: على المشتري، بخلاف البائع؛ فإنه لا خيار

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٥/ ١٩٤).

وَكَذَا إِذَا كِيلَ فِي المَجلِسِ أَو سَمَّى جُملَةَ قُفزَانِهَا؛ لِأَنَّهُ عَلِمَ ذَلِكَ الآنَ فَلَهُ الخِيَارُ،

له، وإن تفرقت الصفقة عليه أيضًا؛ لأن التفرق جاء من فعله وهو الامتناع عن تسمية جملة القفزان، أو الكيل في المجلس فكان راضيا به. كذا في زيادات قاضي خان.

فإن قيل: يشكل هذا بما إذا باع الرجلان عبدًا مشتركًا بألف، ثم اشترى أحدهما الكل بخمسمائة قبل نقد الثمن، فإنه يجوز في نصيب الشريك، ولا يجوز في نصيبه، وله الخيار مع تفرق الصفقة عليه.

قلنا: إنما لم يجز ذلك في نصيب نفسه؛ لعدم جواز شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن عندنا، فكان ذلك الشراء واقعا على نصيب الشريك، كما لو اشترى القن بحصته ولا خيار له فيه.

فإن قيل: فعلى قياس قول أبي حنيفة ينبغي ألا يجبر المشتري؛ للزوم انصراف البيع إلى الواحد، كما في شراء القن مع المُدبَّر، والتفريق إنما يلزم أن لو وقع البيع في الكل ثم هو يقبل البعض، وليس كذلك هاهنا على قوله، وصار كأنه اشترى قفيزا من صبرة، ولو اشترى قفيزا منها لا خيار له، فكذا هذا.

قلنا: انصراف البيع إلى الواحد مجتهد فيه، والعوام لا علم لهم بأحكام المسائل المجتهد فيها، فلا ينزل عالما، فلا يكون راضيا فيخير. كذلك في الفوائد الظهيرية وغيرها. وفيه نوع تأمل.

قوله: (**وكذلك إذا كيل في المجلس**) إلى آخره؛ أي: يثبت الخيار للمشتري أيضًا، لكن لا للزوم تفرق الصفقة عليه، بل لمعنى آخر؛ وهو أن حال المشتري إنما انكشفت عليه في المال في مقدار الواجب عليه ثمنا؛ إذ جاز أن يكون في حدسه أن يكون أقل من الذي ظهر، فقبل الكل بناء على ذلك الحدس[1] والظن، فلما ظهر أكثر مما ظن كان له الخيار؛ لأنه ربما لا يكون الثمن بمقدار لهذا الذي ظهر، ولا يمكنه أخذ ذلك الزائد بلا ثمن، ولا يمكنه أخذ ما ظنه بدون ذلك الزائد لتفرق الصفقة، فكان له الخيار، كما لو لم يره ثم

---

(١) في الأصل: (الحدث) ولعل الصواب المثبت.

كَمَا إِذَا رَآهُ وَلَم يَكُن رَآهُ وَقتَ البَيعِ. قَالَ: (وَمَن بَاعَ قَطِيعَ غَنَم كُلَّ شَاة بِدِرهَم: فَسَدَ البَيعُ فِي جَمِيعِهَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَكَذَلِكَ مَن بَاعَ ثَوبًا مُذَارَعَة كُلَّ ذِرَاع بِدِرهَم وَلَم يُسَمِّ جُملَةَ الذُرْعَانِ، وَكَذا كُلُّ مَعدُود مُتَفَاوِت، وَعِندَهُمَا: يَجُوزُ فِي الكُلِّ(*)، وَعِندَهُ يَنصَرِفُ إِلَى الوَاحِدِ) لِمَا بَيَّنَّا غَيرَ أَنَّ بَيعَ شَاة مِن قَطِيعِ غَنَم وَذِرَاع مِن ثَوب لَا يَجُوزُ لِلتَّفَاوُتِ.

وَبَيعُ قَفِيز مِن صُبرَة يَجُوزُ لِعَدَمِ التَّفَاوُتِ فَلَا تُفضِي الجَهَالَةُ إِلَى المُنَازَعَةِ فِيهِ،

رآه له خيار الرؤية؛ لأنه بعد الرؤية ربما لا يعجبه، فأثبت الشارع له الخيار دفعًا للضرر، فكذا هذا. إليه أشير في شروح الجامع.

قوله: (مذارعة)؛ أي: بشرط الذرع.

وفي النهاية: هذه المسألة على ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يبين جملة الذرعان، وقال بعده: كل ذراع بدرهم، ولم يبين الثمن فهو جائز؛ لأن المبيع معلوم، وجملة الثمن معلومة ببيان الذرعان.

والثانية: أن يبين جملة الثمن، وسمى لكل ذراع درهمًا؛ صار جميع الذرعان معلوما.

والثالث: ألا يبين جملة المبيع ولا جملة الثمن، وقال بعده: كل ذراع بكذا، فهي مسألة الكتاب.

(متفاوت)؛ أي: في القيمة، كالبطيخ والرمان والسفرجل، والخشب والأواني.

(لما بينا) وهو أن إزالة الجهالة بيدهما. وبقولهما: قال الشافعي ومالك وأحمد، وهو قوله: فينصرف إلى الأقل وهو معلوم.

وفي المجتبى: في النوازل: لو قال: بعت منك عنب هذا الكرم، كل وقر بكذا، فإن الوقر عندهم معروفًا، والعنب من جنس واحد، يجب أن يجوز في واحد عنده، وعندهما في الكل كمنزلة الصبرة، وإن كانت أجناسا مختلفة لا يجوز عنده أصلا، وعندهما يجوز في الكل، كبيع القطيع كل شاة بكذا.

(*) الراجح: قول الصاحبين.

وَتُفضي إِلَيهَا فِي الأَوَّلِ فَوَضَحَ الفَرقُ. قَالَ: (وَمَن ابتَاعَ صُبرَةَ طَعَام عَلَى أَنَّهَا مِائَةُ قَفِيز بِمِائَةِ دِرهَم فَوَجَدَهَا أَقَلَّ: كَانَ المُشتَرِي بِالخِيَارِ: إن شَاءَ أَخَذَ المَوجُودَ بِحِصَّتِهِ مِن الثَّمَنِ، وَإِن شَاءَ فَسَخَ البَيعَ) لِتَفَرُّقِ الصَّفقَةِ عَلَيهِ قَبلَ التَّمَامِ، فَلَم يَتِمَّ رِضَاهُ

وذكر أبو الليث الجواز في الكل، متفقا في الوجه الأول، وفي الثاني مختلفا، وبقولهما يفتى تيسيرا على الناس.

ولو اشترى سرقينًا كذا زنبيلا بزنبيل لا يعرف مقداره بالأرطال فهو فاسد، ولو اشترى قفيزا من صبرة أو مائة منّ منها جاز، ولو اشترى عشرة شياه من مائة شاة، أو عشر بطيخات من وقر فالبيع باطل، وكذلك الرمان، ولو عزلها البائع وقبلها المشتري جاز استحسانا، والعزل والقبول بمنزلة إيجاب [٢/ ٥٩/أ] وقبول.

وفي جمع التفاريق: والبيض كالرمان قياسًا واستحسانًا كالقفزان. وعن أبي يوسف روايتان.

ولو باع هذه الشياه المائة بهذه الشياه المائة لم يجز. ولو قال: بعتك نصيبي من هذا الطعام؛ روى الحسن عن أبي حنيفة لا يجوز وإن بيّنه بعد ذلك، وكذا في الدار، وهو قول زفر والشافعي وأحمد. وقال مالك: إن بينه البائع يجوز.

وفي المحيط: شرط الكتاب بجواز العقد في الأغنام، والثياب عنده أن يعلم عددها في المجلس، وقد قال بعض مشايخنا: لو علم عددها في المجلس أو بعد الافتراق؛ انقلب العقد جائزا على كل حال، وذكر المجلس في الكتاب وقع اتفاقا، ولو قال: بعتك نصيبي هذا فإذا هو أكثر؛ ليس له الزيادة.

قوله: (إن شاء أخذ الموجود بحصته) إلى آخره: وبه قال الشافعي ومالك وأحمد.

(لتفرق الصفقة عليه)؛ أي: على المشتري؛ لأن ما زاد على الموجود [إنما يجب على البائع تسليمه لصفقة على حدة لأن الصفقة الأولى وقعت على هذه الوجود][١] ولم [يكن][٢] الزائد داخلا فيها لعدمه، وقد ذكرنا أن تكرر المبيع

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية. (٢) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

بِالمَوجُودِ، (وَإِن وَجَدَهَا أَكثَرَ فَالزِّيَادَةُ لِلبَائِعِ)؛ لِأَنَّ البَيعَ وَقَعَ عَلَى مِقدَارٍ مُعَيَّنٍ

يوجب تفريق الصفقة، وكل واحد من المتبايعين مخير في الصفقة المستأنفة، إن شاء باشروا وإن شاء لا.

(وإن وجدها)؛ أي: الصبرة (أكثر) مما سمى (فالزيادة للبائع) لأنها ملكه وما وقع العقد عليها.

قوله: (والقدر ليس بوصف) اعلم: أن بعض المشايخ ذكر في الفرق بين القدر وهو الأصل والوصف حدودا؛ قيل: إن ما يتعيب بالتبعيض والتنقيص؛ فالزيادة والنقصان فيه وصف، وما لا يتعيب بهما؛ فالزيادة والنقصان فيه أصل. وقيل: الوصف ما لوجوده تأثير في تقوم غيره، ولعدمه تأثير في نقصان غيره، والأصل ما لا يكون بهذه المثابة. وقيل: إن ما لا ينتقص الباقي بفواته فهو أصل، وهذا القول والقول الثاني يتقاربان، فبهذا علم أن القدر في المكيلات والموزونات أصل، والذرع في المذروعات وصف؛ لأن المكيل أو الموزون لا يتعيب بالتبعيض، والمذروع يتعيب، كما أن عشرة أقفزة حنطة مثلا لو انتقص منها قفيز يشتري الباقي منها بالثمن الذي يخصها، أما لو انتقص من المذروع ذرع واحد من الثوب أو الدار انتقص، فإن الباقي لا يشترى بالثمن الذي كان يشترى معه، فإن العتابي مثلا إذا كان خمسة عشر أذرع، فالخمسة الزائدة على العشرة تزيد في قيمة العشرة، وفي قيمة الخمسة أيضًا.

وثمرة كون الذرع وصفا والقدر أصلا يظهر في مواضع، منها: ما ذكر في الكتاب؛ وهو أنه إذا وجده زائدا مما سماه البائع، ففي الأصل كانت الزيادة للبائع، وفي الوصف كان بكل الثمن، والمعنى فيه ما ذكر في الكتاب.

ومنها: أنه لا يجوز للمشتري التصرف في المبيع قبل الكيل والوزن؛ إذا كان اشتراه بشرط الكيل، وفي المذروع يجوز له التصرف قبل الذرع، سواء اشتراه مجازفة أو على أنه عشرة أذرع؛ لأنه لما [كان][1] وصفًا لا يلزم اختلاط المبيع بغيره، فيجوز التصرف له قبل الذرع؛ لأن الكل له، سواء أنقص أو أزيد مما سمى، بخلاف المكيل والموزون؛ لأن الزيادة أصل لا تبع، فيلزم

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

وَالقَدرُ لَيسَ بِوَصف (وَمَن اشتَرَى ثَوبًا عَلَى أَنَّهُ عَشرَةُ أَذرُع بِعَشَرَةِ دَرَاهِم، أَو أَرضًا عَلَى أَنَّهَا مِائَةُ ذِرَاع بِمِائَةِ دِرهَم، فَوَجَدَهَا أَقَلَّ فَالمُشتَرِي بِالخِيَارِ، إن شَاءَ أَخَذَهَا بِجُملَةِ الثَّمَنِ، وَإِن شَاءَ تَرَكَ)؛ لِأَنَّ الذِّرَاعَ وَصفٌ فِي الثَّوبِ؛ أَلَا ترَى أَنَّهُ عِبَارَةٌ عَن

الاختلاف، فلا يجوز التصرف قبل الكيل أو الوزن.

ومنها: أن يبيع الواحد بالاثنين لا يجوز في المكيلات والموزونات، وفي المذروعات يجوز؛ لأن الزيادة لما كانت أصلا فيها وكانت شيئًا يعتد به فلا يجوز بدون المساواة في الأموال الربوية، بخلاف الذرع، فلم تعتبر زيادته زيادة مانعة لكونه تبعا. إليه أشير في شروح الجامع الصغير.

وقوله: (والقدر ليس بوصف) إشارة إلى الفرق بين مسألة الصبرة ومسألة الثوب.

وفي المجتبى: في شرح الطحاوي: وإنما يجب رد ما لا يدخل تحت الكيلين أو الوزنين، وما يدخل بينهما فلا يجب رده، ولم يمر بي قدر ما يدخل بينهما؛ قيل: نصف درهم في مائة عفو، وقيل: ما دون حبة عفو في الدينار، وفي القفيز المعتاد في زماننا نصف منّ.

قوله: (لأن الذراع وصف) لما بينا من ظهور أمارة الوصفية والتبعية فيه دون غيره، من زيادة القيمة بزيادته ونقصانها بنقصانه، ولعدم تمكن أفراده من الجملة، حتى لو باع ذراعا من ثوب لم يجز؛ لأن المقصود من الثوب ـ وهو اللبس والتزين ـ لا يحصل بذراع، بخلاف القفيز في الصبرة.

وفي شرح الحاوي: الذرع في المذروعات جار مجرى الوصف؛ لأن إعلام المالية لا يحصل بالذرع؛ لاختلاف المذروع في نفسه وإذا كان وصفا، وزيادة الوصف في المشتري ونقصانه لا ينقص من الثمن، ويوجب الخيار كأعضاء [٢/ ٥٩/ ب] الحيوان.

وقوله: (ألا ترى) إلى آخره: توضيح لكونه بمنزلة الوصف.

فإن قيل: الاستبدال بهذا على أن الذرع غير مستقيم، فإن الطول والعرض كما هو وصف فكذلك القلة والكثرة أيضًا وصف، يقال: شيء قليل وكثير، ولم يكن القفيز الزائد وصفًا هناك.

الطُّولِ وَالعَرضِ، وَالوَصفُ لَا يُقَابِلُهُ شَيءٌ مِن الثَّمَنِ كَأَطرَافِ الحَيَوَانِ، فَلِهَذَا يَأخُذُهُ بِكُلِّ الثَّمَنِ، بِخِلَافِ الفَصلِ الأَوَّلِ؛ لِأَنَّ المِقدَارَ يُقَابِلُهُ الثَّمَنُ فَلِهَذَا يَأخُذُهُ بِحِصَّتِهِ، إلَّا أَنَّهُ يَتَخَيَّرُ لِفَوَاتِ الوَصفِ المَذكُورِ لِتَغَيُّرِ المَعقُودِ عَلَيهِ فَيَختَلُّ الرِّضَا. قَالَ: (وَإِن وَجَدَهَا أَكثَرَ مِن الذِّرَاعِ الَّذِي سَمَّاهُ فَهُوَ لِلمُشتَرِي وَلَا خِيَارَ لِلبَائِعِ)؛ لِأَنَّهُ صِفَةٌ، فَكَانَ بِمَنزِلَةِ مَا إذَا بَاعَهُ مَعِيبًا، فَإِذَا هُوَ سَلِيمٌ (وَلَو قَالَ: ....

قلنا: بلى، إن القلة والكثرة من حيث الكيل والوزن كان أصلا، ومن حيث الذرع كان وصفا؛ لدخولهما تحت الحدود التي ذكرنا في التفرقة بين الأصل والوصف، فإن زيادة قفيز واحد مثلا على العشرة يوجب زيادة قيمة العشرة، مع أن وصف القلة والكثرة حصل به؛ لأن الكثرة تحصل بكثرة الأصول، بخلاف الذرع؛ فإنه زيادة توجب زيادة قيمة لم تكن لها بدون ذلك الذرع، وهذا متعارف بين التجار، فكان الذرع وصفا.

قوله: (والوصف لا يقابله شيء من الثمن).

فإن قيل: لو لم يقابل الوصف شيء من الثمن؛ وجب ألا يرجع بنقصان العيب فيما إذا امتنع الرد.

قلنا: لا يقابله شيء من الثمن إلا إذا صار مقصودا بالتناول حقيقة، فيما إذا باع عبدا فقطع البائع يده قبل القبض؛ يسقط نصف الثمن؛ لأنه صار مقصودا بالقطع، وأما حكما بأن يكون امتناع الرد لحق البائع، كما إذا تعيب المبيع عند المشتري، أو لحقّ الشارع كما إذا خاط المبيع بأن كان ثوبا ثم وجد به عيبا، فالوصف متى صار مقصودًا بأحد هذين الوجهين يأخذ قسطا من الثمن. كذا في الفوائد الظهيرية.

(**كأطراف الحيوان**) فإنه إذا اشترى جارية فَاعْوَرَّتْ في يد البائع قبل التسليم؛ لا ينتقص شيء من الثمن، وكذا اشتراها فاعْوَرَّتْ في يد المشتري، ثم أراد أن يبيعها مرابحة؛ كان له ذلك بدون البيان، على ما يجيء في باب المرابحة إن شاء الله تعالى.

(**باعه معيبًا**) باع عبدا على أنه أعمى، فوجده المشتري بصيرًا سلم له.

بِعتُكهَا عَلَى أَنَّهَا مِائَةُ ذِرَاع بِمِائَةِ دِرهَم كُلُّ ذِرَاع بِدِرهَم، فَوَجَدَهَا نَاقِصَة، فَالمُشتَرِي بِالخِيَارِ: إن شَاءَ أَخَذَهَا بِحِصَّتِهَا مِن الثَّمَنِ، وَإِن شَاءَ تَرَكَ)؛ لِأَنَّ الوَصفَ وَإِن كَانَ تَابِعًا لَكِنَّهُ صَارَ أَصلًا بِإِفرَادِهِ بِذِكرِ الثَّمَنِ ....

وفي المجتبى: في فتاوى النسفي وأمالي قاضي خان: لا تسلم له الزيادة ديانة.

وفي شرح أبي ذر والجامع الأصغر: عن أسد وأبي حفص وأبي الليث: ليس ترد الزيادة ديانة.

وفي العمدة: لو اشترى حطبا على أنه عشرون وقرًا فوجده ثلاثين طابت له الزيادة كما في الذرعان.

(بعتكها)؛ أي: الأرض أو المذروعات أو بالثوب على تأويل الثياب.

قوله: (فالمشتري بالخيار) إلى آخره: للشافعي فيه قولان، في قول: يصح العقد وله الخيار كقولنا، وفي قول: لا يصح العقد؛ لأنه أضاف العقد إلى عشرة أذرع، وبعض العشرة مفقود، فيصير كأنه جمع بين موجود ومعدوم. كذا في تتمتهم.

فإن قيل: لو وجدها أقل مما سمى وجب أن يفسد العقد عند أبي حنيفة؛ لأنه جمع بين موجود ومعدوم؛ لأنه سمى لكل ذراع ثمنا، فيفسد البيع في الموجود كما لو اشترى ثوبين هرويين فإذا أحدهما مروي يفسد البيع عنده.

قلنا: الذرع وإن صار أصلا بتسمية الثمن وهو وصف بحقيقة فكان أصلا من وجه دون وجه، فمن حيث إنه أصل لا تسلم له الزيادة إلا بعوض، ومن حيث إنه وصف لا يفسد فيما إذا وجد ناقصًا، كما لو فات وصف آخر، بخلاف تلك المسألة؛ لأن ثمن كل واحد من الثوبين أصل من كل وجه، وكذا مذروع وممسوح. كذا في جامع قاضي خان.

(لكنه)؛ أي: الذرع صار أصلا بانفراده بذكر الثمن.

فإن قيل: ففي المسألة الأولى ينبغي أن يكون كل ذراع أصلا بنفسه، وإن لم يقل فيه كل ذراع بدرهم؛ لأنه قابل عشرة أذرع بعشرة دراهم، فمقابلة الجمع

فَيَنزِلُ كُلُّ ذِرَاعٍ مَنزِلَةَ ثَوبٍ؛ وَهَذَا لِأَنَّهُ لَو أَخَذَهُ بِكُلِّ الثَّمَنِ لَم يَكُن آخِذًا لِكُلِّ ذِرَاعٍ بِدِرهَمٍ (وَإِن وَجَدَهَا زَائِدَةً فَهُوَ بِالخِيَارِ: إن شَاءَ أَخَذَ الجَمِيعَ كُلَّ ذِرَاعٍ بِدِرهَمٍ، وَإِن شَاءَ فَسَخَ البَيعَ) لِأَنَّهُ إن حَصَلَ لَهُ الزِّيَادَةُ فِي الذَّرعِ تَلزَمُهُ زِيَادَةُ الثَّمَنِ فَكَانَ نَفعًا

بالجمع يقتضي انقسام الآحاد على الآحاد، فيصير بسلب المقابلة كأنه أفرد كل ذرع بذكر الثمن بمقابلته.

قلنا: الذرع أصل من وجه من حيث إنه من أجزاء البيع كالقفيز، ووصف من وجه من حيث إنه لا يقابله شيء من الثمن، كالجمال والكتابة، فلو جعلناها منقسمة عند ترك ذكر كل ذراع يلزم إلغاء جهة الوصفية من كل وجه، فقلنا بالوصفية عند ترك ذكره، وبالأصلية عند ذكره عملا بالشبهين.

قوله: (ينزل كل ذراع).

فإن قيل: لو صار كل ذراع بمنزلة ثوب ينبغي أن يفسد البيع إذا وجدها زائدة، كما لو قال: بعتك هذه الرزمة على أنها خمسون ثوبا، كل ثوب بعشرين درهما، فوجدها زائدة فالبيع فاسد، وكذا لو اشترى عدلا على أنه كذا ثوبا، وقد ذكر هنا أن المشتري بالخيار.

قلنا: الفرق بينهما ما بيّنّا أن [٢/ ٦٠/أ] في الذرع جهة الوصفية والأصلية، فمن حيث إنه أصل لا تسلم له الزيادة بغير عوض، ومن حيث إنه وصف يكون بعض الذرعان تابعا للبعض فلا يفسد، وأما بعض الثياب لا يكون تبعًا للبعض، فيبقى المبيع مجهولًا جهالة تفضي إلى المنازعة؛ لأن الثياب مختلفة. كذا في جامع قاضي خان.

فإن قيل: لو كان الذراع أصلًا على تقدير الأفراد بذكر الثمن، يجب أن يمتنع دخول الزيادة في العقد، كما في الصبرة، وقد جوز أخذ الجميع بحكم البيع في هذه المسألة.

قلنا: الفرق بينهما هو أن الزيادة لو لم تدخل في العقد يفسد العقد؛ لأنه يصير بعض الثوب، وأنه لا يجوز، بخلاف الصبرة لأنها لو لم تدخل لا يفسد العقد. كذا في الفوائد الظهيرية.

(لأنه)؛ أي: الذرع **(صار أصلا)**؛ أي: من وجه دون وجه، إذ لو كانت

يَشُوبُهُ ضَرَرٌ فَيَتَخَيَّرُ، وَإِنَّمَا يَلزَمُهُ الزِّيَادَةُ لِمَا بَيَّنَّا: أَنَّهُ صَارَ أَصلًا، وَلَو أَخَذَهُ بِالأَقَلِّ لَم يَكُن آخِذًا بِالمَشرُوطِ.

قَالَ: (وَمَن اشتَرَى عَشَرَةَ أَذرُعٍ مِن مِائَةِ ذِرَاعٍ مِن دَارٍ أَو حَمَّامٍ فَالبَيعُ فَاسِدٌ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: هُوَ جَائِزٌ[*]، وَإِن اشتَرَى عَشَرَةَ أَسهُمٍ مِن مِائَةِ سَهمٍ جَازَ فِي قَولِهِم جَمِيعًا) لَهُمَا: أَنَّ عَشَرَةَ أَذرُعٍ مِن مِائَةِ ذِرَاعٍ عُشرُ الدَّارِ فَأَشبَهَ عَشَرَةَ أَسهُمٍ. وَلَهُ: أَنَّ الذِّرَاعَ اسمٌ لِمَا يُذرَعُ بِهِ، وَاستُعِيرَ لِمَا يَحِلُّهُ الذِّرَاعُ وَهُوَ المُعَيَّنُ دُونَ المَشَاعِ، ....

أصلا من كل وجه لما دخلت، كما في مسألة الصبرة لو وجدها زائدة، فكان هاهنا أصلًا، مع رعاية جانب الوصفية لم يكن أخذًا بالمشروط كون كل ذراع بدرهم.

(وقالا: هو جائز)؛ وبه قال الشافعي.

وفي الجامع الصغير: عندهما جائزة إذا كانت الدار مائة ذراع، ولو كانت أقل من مائة لا يجوز بالإجماع. ولكن ذكر في جامع شمس الأئمة كما في الكتاب.

(اسم لما يذرع به) وهو الخشب مثلا، واستعير للموضع الذي يحل ذلك الخشب فيه؛ لأن المبيع المحل لا الخشب، فكان من قبيل إطلاق اسم الحال على المحل، وما يقع عليه الذرع جزء معين، فكان المسمى في العقد جزءًا معينا، وهو غير معلوم في نفسه، فإن جوانب الدار والأرض تختلف في الجودة والمالية، فتتمكن المنازعة بهذا السبب في التسليم والتسلم، فيفسد العقد. كذا في المبسوط[1] وجامع المحبوبي.

(وهو أن ما يحله الذراع المعين دون المشاع): قال فخر الإسلام: بيانه: أن الذرع فعل حسي يستدعي محلًا حسيًا ولا ينفعل في المحل الشرعي؛ ألا ترى أن العبد متى كان مشتركا بين اثنين فأحدهما يتمكن من بيع نصيبه وغيره من

(*) الراجح: قول الصاحبين.

(١) المبسوط للسَّرَخسِي (٣٠/ ١٣٦).

وَذَلِكَ غَيرُ مَعلُومٍ، بِخِلَافِ السَّهمِ. وَلَا فَرقَ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ بَينَ مَا إِذَا عَلِمَ مِن جُملَةِ الذِّرْعَانِ أَو لَم يَعلَم هُوَ الصَّحِيحُ خِلَافا لِمَا يَقُولُهُ الخَصَّافُ ....

التصرفات الشرعية، ولكن لا يتمكن من ضرب نصيبه باعتبار أن الملك شائع شرعي، فيكون محلًّا للتصرفات الشرعية لا الحسية.

(**وذلك**)؛ أي: الموضع الذي يحله الذراع (**غير معلوم**)؛ أي: مجهول موضعه، وجوانب الدار تتفاوت في القيمة كما بينا، فشراء موضع منها بغير عينه فاسد، كما لو اشترى بيتا من عشرة أبيات، بخلاف السهم لأنه مشاع، والحق المشاع في كل جزء من أجزائها، فلا يفضي إلى المنازعة. إليه أشير في المبسوط.

قوله: (**خلافا لما يقوله الخصاف**): فإنه ذكر في هذه المسألة: أن على قول أبي حنيفة الفساد لجهالة جملة الذرعان، أما لو عرفت يجوز، ولا تصير بمنزلة قوله: عشر الدار، كما لو باع كل شاة من القطيع بكذا، فإن كان عدد جملة الشياه معلومًا يجوز عند أبي حنيفة، وإن لم يكن معلومًا لا يجوز.

وذكر أبو زيد الشروطي في شرحه: فالبيع فاسد على قوله وإن علم جميع الذرعان، وهو جواب الجامع الصغير، وهذا أصح مما قاله الخصاف. كذا في المغني وجامع شمس الأئمة.

هذا الخلاف على قولهما، ثم قال: والأصح أنه يجوز عندهما؛ لأن هذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة، فإنه يمكن أن تذرع جميع الدار، حتى إذا كانت مائة ذراع علم أن المبيع عشرها، وإن كانت خمسين علم أن المبيع خمسها، بخلاف ما لو اشتراهما ولم يقل عن كذا سهمًا، حيث لا يجوز؛ لأن تلك الجهالة تفضي إلى المنازعة، ولا يمكن رفعها بسهم من سهمين نصف، ومن عشرة أسهم عشر، أما في الذراع فإزالة الجهالة ممكنة، بأن يذرع جميع الدار.

وأما قولهما: (فأشبه عشرة أسهم) غير مستقيم؛ لما أن السهم اسم للشائع من غير أن يأخذ المقدار، ألا ترى أن سهما من مائة سهم في مكان معين لا يسوّي سهما من عشرة أسهم، وذراع من عشرة أذرع وذراع من مائة ذراع سواء. إليه أشير في الفوائد الظهيرية.

ولو قال: بعتك ذراعا من هذه، إن عين موضعه بأن قال: من هذا

لِبَقَاءِ الجَهَالَةِ.

(وَلَو اشتَرَى عِدلًا عَلَى أَنَّهُ عَشَرَةُ أَثوَابٍ فَإِذَا هُوَ تِسعَةٌ أَو أَحَدَ عَشَرَ فَسَدَ البَيعُ) لِجَهَالَةِ المَبِيعِ أَو الثَّمَنِ **(وَلَو بَيَّنَ لِكُلِّ ثَوب ثَمَنًا جَازَ فِي فَصلِ النُّقصَانِ بِقَدرِهِ وَلَهُ الخِيَارُ، وَلَم يَجُز فِي الزِّيَادَةِ)** لِجَهَالَةِ العَشَرَةِ المَبِيعَةِ.

الجانب، ألا ترى أنه لا يميزه بعد فالعقد غير نافذ، حتى لا يجبر البائع على التسليم.

وقال الشافعي في الأظهر: لا يصح البيع، وإن لم يعين فعلى قول أبي حنيفة لا يجوز، وعلى قولهما يجوز ويذرع، فإن كانت عشرة أذرع صار شريكا بمقدار عشر الدار، وبه قال الشافعي.

ولو باع سهما من دار فلم يعين موضعه، ذكر الحلواني: لا يجوز إجماعًا. وفي نسخة: ففيه اختلاف المشايخ على قولهما، والأصح: أنه يجوز. كذا في المغني.

وقوله: (لبقاء الجهالة) دليل قوله: (هو الصحيح).

(لجهالة المبيع)؛ أي: في [٢/ ٦٠/ ب] فضل الزيادة **(أو الثمن)**؛ أي: في فضل النقصان.

وفي المبسوط: بيانه: أنه إنما يدخل في البيع العدد المسمى من الثياب، وهو مجهول في الزيادة؛ لأنه وجب على المشتري رد الزيادة وهي مجهولة، فيصير الباقي مجهولا، وفي مثله لا يجوز البيع، ألا ترى أنه لو اشترى مما في العدل خمسين ثوبا لا يتفاوت في المالية، والمشتري يطالبه بخيار العدل، والبائع يعطيه شرار العدل، فتفضي إلى المنازعة، وفي الأقل يفسد البيع لجهالة الثمن؛ لأن المسمى(١) من الثمن بمقابلة العشرة، فيقسم ذلك على قيمة الموجود والمعدوم كيف كان جيدًا أو رديئًا أو وسطًا، وباختلاف صفته تختلف حصة الموجود، فيفسد العقد في الموجود لجهالة ثمنه(٢).

(وله الخيار)؛ أي: للمشتري فيما إذا بيّن لكل ثوب ثمنًا، إن شاء أخذ

---

(١) في الأصل: (المشترى) والمثبت من النسخة الثانية.

(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ٢).

وَقِيلَ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ لَا يَجُوزُ فِي فَصلِ النُّقصَانِ أَيضًا، وَلَيسَ بِصَحِيح، بِخِلَافِ مَا إِذَا اشتَرَى ثَوبَينِ عَلَى أَنَّهُمَا هَرَوِّيَّان فَإِذَا أَحَدُهُمَا مَرْوِيٌّ حَيثُ لَا يَجُوزُ فِيهِمَا، وَإِن بَيَّنَ ثَمَنَ كُلِّ وَاحِد مِنهُمَا؛ لِأَنَّهُ جَعَلَ القَبُولَ فِي المَرْوِيِّ شَرطًا لِجَوَازِ العَقدِ فِي الهَرَوِيِّ، وَهُوَ شَرطٌ فَاسِدٌ وَلَا قَبُولَ يُشتَرَطُ فِي المَعدُومِ فَافتَرَقَا.

بحصته من الثمن وإن شاء ترك لما بيّنا.

ومن المشايخ من قال: هذا قولهما، أما عند أبي حنيفة يفسد العقد فيه أيضًا؛ لأنه جمع بين الموجود والمعدوم في صفقة واحدة، فكان قبول البيع في المعدوم شرطًا لقبوله في الموجود، فيفسد كما لو جمع بين حُرٍّ وعبد في صفقة واحدة وسمى لكل ثمنا، لا يجوز البيع في القن، وعندهما يجوز، وكما لو اشترى هرويين فإذا أحدهما مروي؛ فإن العقد فاسد عنده، والمسألة في الزيادات، فكذا هنا.

(**وليس بصحيح**)؛ أي: عدم الجواز في فصل النقصان، وإليه مال الإمام السرخسي، فقال: لم يجعل قبول العقد في المعدوم شرطًا لقبوله في الموجود، بل قصد العقد في الموجود، إلا أنه غلط في العدد. ذكره في جامع قاضي خان.

وفي الذخيرة: وأكثر مشايخنا على أن ما ذكر في الكتاب قولهما، فأما على قول أبي حنيفة فالعقد فاسد في الكل؛ لأن العقد فسد في البعض بمفسد مقارن، وهو العدم في أحدهما، وهذا أصل أبي حنيفة، وقد ذكر محمد مسألة في الجامع تدل على هذا، وإليه مال الإمام الحلواني.

(**مروي**) بسكون الراء، وهو الهروي بفتحها، منسوب إلى هراة ومرو، وهما قريتان بخراسان. وعن شيخ الإسلام: هما على شط الفرات. كذا في المغرب[1].

(**فافترقا**) حاصل الفرق بينهما: هو أن الشيئين الموصوفين بوصف، إذا دخلا في عقد واحد؛ كان قبول كل واحد منهما شرطا لصحة العقد في الآخر بذلك الوصف، فإذا انعدم ذلك الوصف كان فاسدًا بالنظر إلى انعدام ذلك الوصف، وأما إذا كان أحدهما معدومًا بوصفه وذاته؛ لم يكن هذا داخلًا في نفس العقد، حتى يكون قبوله شرطًا لصحة العقد في الآخر.

---

(١) المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي (ص ٥٠٣).

(وَلَو اشتَرَى ثَوبًا وَاحِدًا عَلَى أَنَّهُ عَشَرَةُ أَذرُع كُلُّ ذِرَاع بِدِرهَم فَإِذَا هُوَ عَشَرَةٌ وَنِصفٌ أَو تِسعَةٌ وَنِصفٌ، قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ فِي الوَجهِ الأَوَّلِ: يَأخُذُهُ بِعَشَرَةٍ مِن غَيرِ خِيَارٍ، وَفِي الوَجهِ الثَّانِي: ....

وفي المجتبى: لو قال: بعتك هذه الرزمة على أنها عشرة أثواب بمائة درهم، كل ثوب بعشرة، فلو وجدها ناقصة جاز البيع بحصته؛ لأن ثمنه معلوم، ولو وجدها أكثر فالبيع فاسد؛ لأن المردود مجهول، كما لو باع عشرة أثواب من أحد عشر.

وفي الكفاية: لو لم يبين حصة كل ثوب فسد فيهما؛ لما مر في الزيادة وفي النقصان؛ لأن ثمن الباقي مجهول، روى الواقدي عن أبي حنيفة.

وفي المحيط: روى قاضي الحرمين أن العقد فاسد في الفصل الأول، ومسألة الجامع تدل عليه، وهو (إذا اشترى ثوبين هرويين) إلى آخره، فإذا فسد عنده بفوات الوصف، فبفوات الأصل أولى.

وفي جامع شمس الأئمة: ما ذكر في المختصر قول الكل.

وفي جامع الإسْبِيجابي: الأصح عندي أن عند أبي حنيفة يفسد العقد في الكل، وكذا إذا اشترى حنطة على أنها كُرّ فوجدها تنقص قفيزًا، فسد في الباقي عنده [هو][1] الصحيح، وكذا في الجوز إذا وجد بعضها خاليًا، والبيض إذا وجد بعضها مدرة يتعدّى الفساد إلى الباقي.

وفي المحيط: قال: أبيعك هذه الحنطة بكذا على أنها أقل من كُرٍّ، فاشتراها على ذلك، فوجدها أقل من كُرٍّ؛ جاز البيع إلا رواية عن أبي يوسف، وإن وجدها كُرًّا أو أكثر ففاسد، وكذا إذا قال: على أنها أكثر من كُرٍّ فوجدها كذلك جاز، وإن وجدها كُرًّا أو دونه ففاسد، ولو قال: كُرًّا أو أكثر جاز كيفما كان، غير أنه يخير في الأقل، كما لو قال على أنها كُرٌّ. وعلى هذا إذا اشترى عِنبًا في كرم معين على أنه كذا منًّا، وكذا في العدديات المتقاربة.

قوله: (قال أبو حنيفة: في الوجه الأول) وهو عشرة ونصف.

(وفي الوجه الثاني) وهو تسعة ونصف.

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

يَأخُذُهُ بِتِسعَة إن شَاءَ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ فِي الوَجهِ الأَوَّلِ: يَأخُذُهُ بِأَحَدَ عَشَرَ إن شَاءَ، وَفِي الثَّانِي: يَأخُذُ بِعَشَرَةٍ إن شَاءَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَأخُذُ فِي الأَوَّلِ بِعَشَرَة وَنِصفٍ إن شَاءَ، وَفِي الثَّانِي: بِتِسعَةٍ وَنِصف وَيُخَيَّرُ(*)؛ لِأَنَّ مِن ضَرُورَةِ مُقَابَلَةِ الذِّرَاعِ بِالدِّرهَمِ مُقَابَلَةُ نِصفِهِ بِنِصفِهِ فَيَجرِي عَلَيهِ حُكمُهَا. وَلِأَبِي يُوسُفَ رحمه الله: أَنَّهُ لَمَّا أَفرَدَ كُلَّ ذِرَاعٍ بِبَدَلٍ نَزَلَ كُلُّ ذِرَاعٍ مَنزِلَةَ ثَوبٍ عَلَى حِدَةٍ وَقَد انتَقَضَ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله: أَنَّ الذِّرَاعَ وَصفٌ فِي الأَصلِ، وَإِنَّمَا أَخَذَ حُكمَ المِقدَارِ بِالشَّرطِ وَهُوَ مُقَيَّدٌ بِالذِّرَاعِ، فَعِندَ عَدَمِهِ عَادَ الحُكمُ إِلَى الأَصلِ ....

(**يأخذه بأحد عشر إن شاء**)؛ [٢/ ٦١/أ] لأن نقصان نصف ذراع من أحد عشر فوات الوصف، إذ نصف ذراع في كل ذراع وصف، فلا يسقط شيء من الثمن بمقابلته. كذا في جامع العتابي.

قوله: (**يخير**) وإنما يثبت له الخيار عند محمد؛ لئلا يلزم عليه من غير اختياره زيادة الثمن، كما في الوجه الأول، أو نقصان المبيع كما في الوجه الثاني.

(**فيجري عليه**)؛ أي: على النصف (**حكم المقابلة**)؛ لأنه لما قل الذراع بالدرهم، فيكون نصف الذراع بنصف الدرهم ينزل كل ذراع منزلة ثوب، والثوب إذا بيع بأنه كذا كذا ذراعًا، أو بيع الذراع فوجده أنقص أو نصف ذراع؛ لا يسقط شيء من الثمن، ولكن يثبت له الخيار، فكذا هاهنا.

فإن قيل: لو نزل كل ذراع منزلة ثوب؛ ينبغي أن يفسد البيع، كما لو باع عدلًا على أنه عشرة أثواب فإذا هو أحد عشر.

قيل في الفرق بينهما: أن في صورة العدل الزيادة مفضية إلى المنازعة، فخلط المبيع بغيره، ولا كذلك هاهنا.

(**وصف في الأصل**)؛ كما بينا (**وإنما أخذ**)؛ أي: الذرع (**حكم المقدار**) وهو المكيل أو الموزون (**بالشرط**) بأن قال: كل ذراع بدرهم.

(**وهو**)؛ أي: الشرط (**مقيد بالذرع**) فإذا كان أقل من الذرع كاملًا؛ عاد

(*) الراجح: قول محمد.

وَقِيلَ: فِي الكِربَاسِ الَّذِي لَا يَتَفَاوَتُ جَوَانِبُهُ، لَا يَطِيبُ لِلمُشتَرِي مَا زَادَ عَلَى المَشرُوطِ؛ لِأَنَّهُ بِمَنزِلَةِ المَوزُونِ حَيثُ لَا يَضُرُّهُ الفَصلُ، ....

الحكم إلى الأصل وهو الوصف، فصارت العشرة والنصف بمنزلة العشرة الجيدة، والتسعة والنصف بمنزلة التسعة الجيدة. كذا ذكره فخر الإسلام.

وفي الذخيرة: والأصح قول أبي حنيفة؛ لأن الذرع وما دونه في حكم الصفة كما مر، وإنما يعتبر أصلًا بمقابلة الثمن به، والمقابلة مقيدة بالذرع، فعند عدمه لم تثبت جهة الأصالة، فبقيت العشرة لكونها صفة فيتخير.

وأما الجواب عن قول محمد (بأن الدرهم لما قوبل بالذرع كان نصفه ضرورة) فإنا نقول: كون الذرع بمنزلة العين ليست بأصل، بل صار أصلا باعتبار مقابلة الأفراد بالأفراد، فاسم الدرهم لا يقع على ما دون الدرهم، وكذا اسم الذراع، فكانت المقابلة مقتصرة على موضع الأفراد وهو الذرع، فلما انعدمت المقابلة لفظًا رجع الذراع إلى أصله وهو الوصف، وهذا هو الجواب عن أبي يوسف.

قوله: (وقيل: في الكرباس الذي)؛ أي: هذه الأقوال الثلاثة في الثوب الذي يتفاوت كالقميص والسراويل والعمائم والأقبية، أما في الثوب الذي لا تتفاوت جوانبه لا يسلم له الزيادة؛ لأن هذه الكرباس في معنى المكيل والموزون وإن كان متصلا بعضه بالبعض، لكن ليس في الفصل ضرر كالموزون، فلا يتمكن فيه العيب بسبب تميز البعض عن البعض، فيعتبر كل ذراع أصلا كالقفيز.

وعلى هذا: لو باع ذراعًا من هذا الكرباس ولم يعين موضعه؛ يجوز كما في الحنطة إذا باع قفيزا منها حيث يجوز. كذا في الذخيرة.

وعند الشافعي: لو باع قفيزًا من هذه الصبرة يجوز كقولنا.

وعن القفال من أصحابه: إذا لم يعلما مبلغ قفزان الصبرة لم يصحّ، وقد خالف نص الشافعي. كذا في الحلية[١].

(لا يضره الفصل)؛ أي: القطع والتمييز، كالقفيز من الصبرة.

---

(١) حلية العلماء للشاشي (٤/ ١٠٤).

وَعَلَى هَذَا قَالُوا: يَجُوزُ بَيعُ ذِرَاعٍ مِنهُ.

فَصْلٌ: [فِي بَيَانِ مَا يَدْخُلُ تَحْتَ البَيْعِ مِنْ غَيْرِ ذِكْرِهِ]

(وَمَن بَاعَ دَارًا دَخَلَ بِنَاؤُهَا فِي البَيعِ وَإِن لَم يُسَمِّهِ)، لِأَنَّ اسمَ الدَّارِ يَتَنَاوَلُ العَرْصَةَ وَالبِنَاءَ فِي العُرْفِ وَلِأَنَّهُ مُتَّصِلٌ بِهَا اتِّصَالَ قَرَارٍ فَيَكُونُ تَبَعًا لَهُ.

(وَمَن بَاعَ أَرضًا دَخَلَ مَا فِيهَا مِن النَّخلِ وَالشَّجَرِ وَإِن لَم يُسَمِّهِ) لِأَنَّهُ مُتَّصِلٌ بِهَا

(بيع ذراع منه)؛ أي: من الثوب الذي لا تتفاوت جوانبه.

وعند الشافعي: يجوز إذا كان معينًا.

(الكرباس) بكسر الكاف، فارسي معرب، والجمع: الكرابيس.

فصل: [في بيان ما يدخل تحت البيع من غير ذكره]

لما ذكر ما ينعقد به العقد وما لا ينعقد وما يلحقهما؛ ذكر في هذا الفصل ما يدخل البيع باسم الجملة وما لا يدخل وما يلحقهما.

قوله: (ومن باع دارًا) إلى آخره: وفي المحيط: الأصل أن كل ما كان في الدار من البناء أو متصلا بالبناء فتبع للدار، يدخل في بيعها كالسلم المتصل والغلق والسرب، والدرج الخشبة المتصلة به والحجر الأسفل[1] من الرَّحَى، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد.

ويدخل الحجر الأعلى عندنا استحسانا، وبه قال الشافعي في الأظهر، ولا يدخل القفل ومفتاحه والباب الموضوع بالاتفاق.

(في العرف)؛ قيد به لأنه بحسب اللغة لا يتناول البناء، وقد مر في الأيمان، ولم يدخل البناء في مسألة اليمين، حتى لو دخل العرصة بعد انهدام البناء يحنث؛ لأن البناء وصف، يقال: دار معمورة ودار غير معمورة، والوصف إذا كان داعيا إلى اليمين يتقيد اليمين بذلك الوصف، وإلّا فلا، وقد بيناه في الأيمان، والبناء ليس بداع إلى اليمين، بل داع إلى الدخول، فلم تتقيد الدار به إذا كانت حاضرة - أي: معرفة - فظهر الفرق. [٢/ ٦١/ ب]

---

(١) في الأصل: (الأسود) والمثبت من النسخة الثانية.

لِلقَرَارِ فَأَشبَهَ البِنَاءَ (وَلَا يَدخُلُ الزَّرعُ فِي بَيعِ الأَرضِ إِلَّا بِالتَّسمِيَةِ) لِأَنَّهُ مُتَّصِلٌ بِهَا لِلفَصلِ فَشَابَهَ المَتَاعَ الَّذِي فِيهَا.

(ولا يدخل الزرع)؛ أي: بالاتفاق، إلا أن للشافعي في صحة بيع الأرض [طريقان][1]، أصحهما: أنه يصح قولًا واحدًا، والثاني: أنه على القولين.

(لأنه)؛ أي: الذرع (متصل بها)؛ أي: بالأرض، ذكر ضميرها على تأويل المكان.

فإن قيل: يشكل على هذا بيع جارية ولها حمل، أو بقرة أو شاة وفي بطنهما ولد، حيث يدخل الولد في البيع وإن كان اتصاله بالأم للفصل، مع أن بين الولد في البطن والزرع في الأرض مناسبة قوية؛ لقوله تعالى: ﴿فَأْتُواْ حَرْثَكُمْ أَنَّىٰ شِئْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٢٣].

قلنا: بين الولد والأم مجانسة، ولم يقدر على فصله من أمه غير الله تعالى يجعل كالجزء من أمه، ولم يعتبر انفصاله في ثاني الحال؛ لوجود معنى الجزئية في الحال من كل وجه، ولعدم قدرة العبد على فصله، أما الزرع والشجر فليسا من جنس الأرض وهو ظاهر، فلم يمكن اعتبار معنى الجزئية حتى يكونا بتعيين، فبعد ذلك ينظر: إن كان اتصاله للقرار كان متصلا للحال وثاني الحال، فيدخل بطريق التبعية لشدة الاتصال لا بطريق الجنسية، وإن كان اتصاله للفصل في ثاني الحال يجعل منفصلًا في الحال، فلا يدخل كالسلالم المنفصلة.

فإن قيل: ينبغي أن يدخل باعتبار اتصاله في الحال؛ لأنه متصل في الحال، وانفصاله في ثاني الحال معدوم في الحال، فيرجح الموجود.

قلنا: اتصاله ضعيف وضده قوي باعتبار عدم المجانسة، فيرجح الانفصال لعدم تبعيته حقيقة.

وفي المحيط: لم يفصل محمد بين الشجرة المثمرة وغيرها، والكبيرة والصغيرة، فقيل: تدخل المثمرة على كل حال دون غيرها؛ لأن غيرها يغرس

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

....

للقلع فصار كالزرع، وقيل: تدخل الكبيرة المثمرة، وغيرها لا يدخل إلا بالذكر؛ لأنه لا يغرس للقرار عادة، والأصح دخول الكل؛ لأن الكل متصل للقرار في الأصل، والشجرة اليابسة لا تدخل من غير شرط؛ لأنه غير متصل للقرار في الأصل.

وفي المجتبى: يدخل في بيع الدار المَخْرَج والمَرْبَط والمَطْبَخ، والبئر وبكَرتُها دون الحبل والدّلو، إلا إذا قال: بمرافقها، فيدخلان، وبه قال الشافعي.

ولا يدخل الشرب والطريق في بيع الأرض والدار إلا بذكر الحقوق ونحوها، وكذا في الإقرار والصلح والوصية وغيرها، ويدخلان في الإجارة والقسمة والرهن والوقف؛ لأنها تنعقد للانتفاع، ولا انتفاع بدونها، بخلاف البيع فإنه لملك الرقبة.

وعن أبي يوسف: يدخل الطريق في بيع الدار بلا ذكر الطريق الخاص في ملك إنسان، أما الطريق إلى الطريق الأعظم أو إلى سكة غير نافذة يدخل بلا ذكر، وكذا حق تسبيل الماء، وحق إلقاء الثلج في ملك خاص لا يدخل بلا ذكر الحقوق والمرافق، وبه قال الشافعي.

وفي المنتقى: [ولو](١) لم يذكر الحقوق أو المرافق لا يدخل الطريق، وللمشتري أن يرد إذا قال: ظننت أن لها مفتحا إلى الطريق.

وفي فتاوى قاضي خان: والبستان الذي في الدار يدخل، وما يليها ومفتحها إليه لا يدخل، وقيل: يدخل إن صغر وإلا فلا، وقيل: بحكم الثمن، وقيل: إن كان أصغر من الدار يدخل وإلا فلا(٢).

وفي جمع البخاري: باع دارا بفنائها لم يصح، كمن جمع بين حُرٍّ وعبدٍ.

وفي المنتقى: اشترى حائطًا يدخل ما تحته من الأرض، ولو اشترى بناء لا

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية. (٢) فتاوى قاضي خان (٢/ ١١٥).

....

يدخل فيهما، وقيل: والحائط والجدار سواء، وفي بيع الحانوت تدخل ألواحه وإن لم يقل بمرافقه، وقيل: الألواح والأقفال تدخل.

وفي جمع العلوم: الأقفال تدخل.

وفي جمع البخاري: قدر القصّارين والصّباغين وأجاجين الغسّالين، وخوابي الزّيّاتين وجباتهم ودنانهم، وجذع القصار الذي يُدَقُّ عليه المثبتةُ في الأرض؛ لا تدخل وإن قال بحقوقها، وقدر الحمام يدخل في بيعه دون قصاعه.

وفي جامع الإسْبِيجابي: الزرع إنما يدخل قبل النبات وبعد التقوم، أما إذا نبت ولم يصر متقوَّمًا يدخل، قيل: وكذا البذر العفن، وكذا الثمر يدخل في بيع الشجر إذا لم يصر لها قيمة، وقيل: بحكم الثمن، فإن كان مثل الأرض والزرع والثمن يدخل تبعًا، وإلا فلا.

وكل ما لا يكون للبقاء ولرفعه غاية معلومة، كالأشجار الصغار التي تقلع في كل ثلاث سنين، ويباع، وقوائم الخلاف وأغصان التوت، والقصب والورد، والآس والرياحين، والزعفران والقطن والكراث[١] واللّفت؛ لا يدخل في البيع إلّا بالذكر.

وفي جمع التفاريق: ذكر الخصاف [٢/ ٦٢/أ] الحطب والقصب والطرفا وأنواع الخشب أنها للمشتري.

وفي المنتقى: الشوك لمن أخذ، بخلاف الحطب. والأصح: أن أصول الكرفس[٢] والكراث ونحوها المغيب في الأرض [يدخل][٣]، ويدخل الدولاب دون الدّالية وجذوعها.

---

(١) في الأصل: (الكراس) والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) في الأصل: (الرفس) والمثبت من النسخة الثانية.
(٣) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(وَمَن بَاعَ نَخلًا أَو شَجَرًا فِيهِ ثَمَرٌ فَثَمَرَتُهُ لِلبَائِعِ، إلَّا أَن يَشتَرِطَ المُبتَاعُ) لِقَولِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَن اشتَرَى أَرضًا فِيهَا نَخلٌ فَالثَّمَرَةُ لِلبَائِعِ، إلَّا أَن يَشتَرِطَ المُبتَاعُ» وَلِأَنَّ الاِتِّصَالَ وَإِن كَانَ خِلقَةً فَهُوَ لِلقَطعِ لَا لِلبَقَاءِ فَصَارَ كَالزَّرعِ.

(وَيُقَالُ لِلبَائِعِ: اقطَعهَا وَسَلِّم المَبِيعَ) وَكَذَا إذَا كَانَ فِيهَا زَرعٌ؛ لِأَنَّ مِلكَ المُشتَرِي مَشغُولٌ بِمِلكِ البَائِعِ فَكَانَ عَلَيهِ تَفرِيغُهُ وَتَسلِيمُهُ، كَمَا إذَا كَانَ فِيهِ مَتَاعٌ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: يُترَكُ حَتَّى يَظهَرَ صَلَاحُ الثَّمَرِ وَيُستَحصَدُ الزَّرعُ؛ لِأَنَّ الوَاجِبَ

قوله: (ومن باع نخلًا) إلى آخره: قال الشافعي: لو باع شجرة فيها ثمرة، فإن كان له ثمرة تنشق كالنخل، أو نَوْرٌ يتفتح كالورد والياسمين، فإن كان قد ظهر ذلك أو بعضه؛ فالجميع للبائع وإن لم يظهر منه شيء، أو لم تكن مؤبرة فهو للمشتري، وإن كانت ثمرة بارزة كالتين والعنب، أو في كمام لا يزال عنه إلا عند الأكل كالرمان والرانج؛ فهو للبائع، وإن كانت ثمرته في قشرين كاللوز والجوز فهو كَالتِّين والرمان، وبه قال مالك وأحمد؛ لِمَا روى ابن عمر عن النبي ﷺ أنه قال: «**مَنْ باعَ نخلًا قبلَ أنْ يُؤَبَّرَ فثَمَرَتُها للبائِعِ إلّا أنْ يشتَرِطَ المُبتاعُ**»(١) ولأن الولد بعد الظهور لا يتبع الأم.

والتّأبير: التلقيح، وهو أن يشق عناقيد الكم ويذرّ فيها من طلع الفحل من النخل؛ لأن النخل فحول وإناث، وطلع الفحول لاستصلاح الإناث.

وقال ابن أبي ليلى: الثمرة للمشتري بكل حال؛ لأنها متصلة بها خلقة فتكون تبعًا.

ولنا: الحديث المذكور في المتن، والدليل المعقول فيه، ولم يفصل بين المؤبّرة وغيره، وما رواه لا ينافي ما روينا؛ لأنه عنى به النخلة المثمرة، إلا أنه عبَّر بالإبار عن الإثمار؛ لأن الإثمار لا يكون بدون الإبار غالبا. كذا في شرح الإرشاد.

قوله: (وقال الشافعي: يترك) يعني: إذا أطلق البيع ولم يشترط القطع في الحال، وبقوله: قال مالك وأحمد.

---

(١) سبق تخريجه.

إِنَّمَا هُوَ التَّسلِيمُ المُعتَادُ، وَالمُعتَادُ أَن لَا يُقطَعَ كَذَلِكَ، وَصَارَ كَمَا إِذَا انقَضَت مُدَّةُ الإِجَارَةِ وَفِي الأَرضِ زَرعٌ. قُلنَا: هُنَاكَ التَّسلِيمُ وَاجِبٌ أَيضًا حَتَّى يُترَكَ بِأَجر، وَتَسلِيمُ العِوَضِ كَتَسلِيمِ المُعَوَّضِ.

في المغرب: استحصد الزرع؛ حان أوان أن يحصد، فهو مستحصد بالكسر، والفتح خطأ[(١)].

(وفي العادة لا يقطع) أي: العادة في الثمار الإبقاء إلى زمان الجذاذ في النخل والقطاف في العنب.

(قلنا: هناك)؛ أي: في الزرع التسليم واجب بحكم العقد؛ لما ذكرنا أن ملك المشتري مشغول بملك البائع، فيجب تفريغه، كما لو كان فيه متاع، ولهذا ترك بأجر، وتسليم العوض وهو الأجر تسليم المعوض وهو الأرض.

فإن قيل: ينبغي أن يجوز أن يستأجر البائع الأرض والشجر من المشتري إلى وقت الإدراك؛ ليكون تسليم الأجرة كتسليم الأرض والشجر دفعًا للضرر عنه.

قلنا: كان القياس في الإجارة والبيع القطع والتسليم، إلا أن في صورة البيع وجد من البائع دلالة الرضا بقطع الشجر والزرع قبل الإدراك، وهو إقدامه على بيع الأرض والشجر مع علمه أن المشتري يطالبه بتفريغ ملكه عن ملك البائع، وتسليمه إليه فارغًا عن حق الغير، فلما وجد منه دلالة الرضا بذلك لم تجب رعاية جانبه بتبقية الأرض والشجر على حكم ملكه في الإجارة، بخلاف المستأجر؛ فإنه لم يوجد منه عند انقضاء مدة الإجارة فعل يدل على الرضا بقطع الثمر والزرع، فوجبت رعاية جانبه بتبقية الأرض على حكم ملكه بالإجارة.

وأما العادة فغير مسلم، ولئن كان لمشترك فإنهم كما يتركون حتى يستحصد الزرع يبيعون بشرط القطع. كذا في تعليقات البرغري.

وفي مطلق بيع النخلة يملك المشتري عينها؛ لأن ما تحتها من الأرض عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأن الأرض أصل والشجر تبع، فلا يجوز انقلاب الأرض تبعًا. وبالقياس على ما إذا اشتراها للقطع؛ فإن الأرض لا تدخل فيه

---

(١) المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي (ص ١١٨).

وَلَا فَرقَ بَينَ مَا إِذَا كَانَ الثَّمَرُ بِحَالٍ لَهُ قِيمَةٌ أَو لَم يَكُن فِي الصَّحِيحِ، ....

بالإجماع. وبقولهما: قال الشافعي في الأصح، لكن قال: الأرض عارية لازمة. وعند محمد وفي رواية عن أبي حنيفة وفي قول عن الشافعي: يدخل ما تحتها بقدر غلظ ساقها.

وفي جمع النوازل والفتاوى الصغرى: هو المختار؛ لأنه اشترى النخلة والشجرة وكل اسم للمستقر على الأرض، وهي بدون ذلك جذع وحطب، فيدخل من الأرض ما يتم به حقيقة اسمها؛ لأن دخولها بحسب الضرورة، فيتقدر بقدرها قياسًا على الإقرار والقسمة، بحيث يدخل ما تحتها فيهما بالإجماع، ثم قيل: يدخل بقدر ساقها، وقيل: بقدر ظلها عند الزوال، وقيل: بقدر عروقها العظام، ولو شرط فكما شرط.

وقوله **(ولا فرق)** إلى آخره: كأنه رد لقول الشافعي، فإن عنده غير المؤبرة للمشتري.

وقوله: (في الصحيح) احتراز عن قول البعض: إنه لم يكن له قيمة يدخل، والصحيح: أنه لا يدخل في الحالين؛ لأن بيعه يصح في أصح الروايتين، وما يصح بيعه منفردا لا يدخل في بيع غيره، ولا يلزم [٢/ ٦٢/ ب] عليه البناء، فإن بيعه يجوز منفردا مع أنه يدخل في بيع الأرض تبعا؛ لأن البناء للقرار، فيكون جزءًا من أجزاء المبيع، بخلاف الثمر؛ فإنه للفصل، فلم يكن كجزء من أجزائه.

وفي شرح الطحاوي: اشترى شجرًا، فإنه لا يخلو من أن يكون الثمر موجودا وقت الشراء أو أثمر بعد الشراء، فلو كان موجودًا لا يدخل في العقد إلّا بالشرط، سواء اشترى الشجرة وحدها أو مع الأرض، وعلى البائع قلع الثمر، ولا يجوز تركها، فلو تركها إلى وقت الإدراك، فإن تركها بإذن المشتري كان له الفضل، وإن تركها بغير إذنه؛ ينظر: فإن تناهى عظمها ولم يبق إلا النضج فتركها حتى نضجت يطيب له ذلك؛ لأنه لم توجد الزيادة في الكيل والوزن، وإن لم يَتناهَ عظمها فتركها بغير إذنه لا يطيب له الفضل؛ لأن جواز الإجارة بالاستحسان لتعامل الناس، ولا تعامل في الأشجار، ولا يجب الأجر ويطيب الفضل؛ لأن الترك حصل بإذن المشتري.

وَيَكُونُ فِي الحَالَينِ لِلبَائِعِ؛ لِأَنَّ بَيعَهُ يَجُوزُ فِي أَصَحِّ الرِّوَايَتَينِ عَلَى مَا نُبَيِّن فَلَا يَدخُلُ فِي بَيعِ الشَّجَرِ مِن غَيرِ ذِكر.

وَأَمَّا إِذَا بِيعَت الأَرضُ وَقَد بَذَرَ فِيهَا صَاحِبُهَا وَلَم يَنبُتْ بَعدُ لَم يَدخل فِيهِ؛ لِأَنَّهُ مُودَعٌ فِيهَا كَالمَتَاعِ.

وَلَو نَبَتَ وَلَم تَصِرْ لَهُ قِيمَةٌ فَقَد قِيلَ: لَا يَدخُلُ فِيهِ، وَقَد قِيلَ: يَدخُلُ فِيهِ، وَكَأَنَّ هَذَا بِنَاءٌ عَلَى الِاختِلَافِ فِي جَوَازِ بَيعِهِ قَبلَ أَن تَنَالَهُ المَشَافِرُ وَالمَنَاجِلُ، وَلَا يَدخُلُ الزَّرعُ وَالثَّمَرُ بِذِكرِ الحُقُوقِ وَالمَرَافِقِ؛ ....

وفي الجامع الأصغر: لو استأجر البائع من المشتري الشجر ليترك الثمر لا يجوز، ولكن يعار إلى إدراك الثمر، فإن أبى المشتري، يقال للبائع: إن شئت فأبطل البيع، وإن شئت فاقطع الثمر، أما لو أثمر بعد البيع، فإن كان قبل القبض فالثمر للمشتري؛ لأنه نَمَا بملكه، ولو هلك بآفة سماوية قبل التسليم لا يطرح من الثمن شيء وصار كأن لم يكن، ولا خيار للمشتري، فلو أكله البائع طرح حصته من الثمن ولا خيار له في قول أبي حنيفة، وعندهما: له الخيار، إن شاء أخذ الشجر بحصته [من][1] الثمن، وإن شاء ترك، كما لو كان الثمر موجودًا وقت البيع فأكله البائع أن له الخيار بالإجماع.

(لم يدخل فيه)؛ أي: في البيع **(لأنه)**؛ أي: البذر **(مودع في الأرض)** وفيه اتفاق الأئمة الأربعة، لكن إذا علم المشتري بالبذر فيها بعد البيع له الخيار عند الشافعي.

وفي الذخيرة: هذا إذا لم يفسد البذر في الأرض، فلو فسد وعفن فهو للمشتري؛ لأن العفن لا يجوز بيعه على الانفراد، فصار بمنزلة جزء من أجزاء الأرض، فيدخل في بيع الأرض.

واختار الفقيه أبو الليث أنه لا يدخل بكل حال، إلا إذا بيع مع الأرض نَصًّا أو دلالةً، وهو قول الشافعي.

وفي شرح القدوري وشرح الإسْبِيجابي: أن الزرع إنما لا يدخل في بيعها

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

لِأَنَّهُمَا لَيسَا مِنهُمَا. وَلَو قَالَ: بِكُلِّ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ هُوَ لَهُ فِيهَا وَمِنهَا مِن حُقُوقِهَا أَو قَالَ: مِن مَرَافِقِهَا لَم يَدخُلَا فِيهِ لِمَا قُلنَا، وَإِن لَم يَقُل مِن حُقُوقِهَا أَو مِن مَرَافِقِهَا دَخَلَا فِيهِ. وَأَمَّا الثَّمَرُ المَجذُوذُ وَالزَّرعُ المَحصُودُ فَهُوَ بِمَنزِلَةِ المَتَاعِ لَا يَدخُلُ إِلَّا بِالتَّصرِيحِ بِهِ.

قَالَ: (وَمَن بَاعَ ثَمَرَةً لَم يَبدُ صَلَاحُهَا أَو قَد بَدَا جَازَ البَيعُ)؛ لِأَنَّهُ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ، .

من غير ذكر إذا لم تنبت بعد، أو نبتت وصارت له قيمة، أما لو نبت ولم تصر له قيمة بعد يدخل، وقيل: لا يدخل، والأول أصح.

وفي فتاوى الفضلي: ولو عين البذر في الأرض فهو للمشتري، وإلا فهو للبائع، ولو سقاه المشتري حتى نبت ولم يكن عفن عند البيع؛ فهو للبائع، والمشتري متطوع فيما فعل، وكذا إذا نبت ولم يتقوم بعد.

المشافر: جمع مشفر البعير شفته. والمناجل: جمع منجل؛ وهو ما يحصد به الزرع.

(لأنهما)؛ أي: الزرع والثمر **(ليسا منهما)**؛ أي: من الحقوق، والمرافق أحق في العادة بذكر فيما هو تبع للمبيع، ولا بد للمبيع منه، ولا يكون مقصودًا بنفسه، بل لأجل المبيع كالطريق والشرب للأرض.

والمرافق: ما يرتفق به، ويختص بالتوابع كمسيل الماء، والمقصود من الأرض والشجر: الثمر والزرع، فلا يكونان من حقوقهما.

وقوله: (بكل قليل وكثير): يذكر على وجه المبالغة في إسقاط حق البائع عن المبيع وما يتصل بالمبيع.

وقوله: (وإن لم يقل من حقوقهما) متصل بقوله: **(ولو قال: كل قليل وكثير)** يعني: قال لكل قليل وكثير، ولم يقل من حقوقها دخلا، أي: الزرع والثمر، وهكذا ذكر في المبسوط والذخيرة.

وحاصل ذلك: أن الألفاظ ثلاثة: أحدها: إن باع أرضًا مطلقًا من غير ذكر شيء منها، والثاني: إن باع أرضًا بكل قليل وكثير مع ذكر الحقوق والمرافق، ففي هذين الوجهين لا يدخل الزرع والثمر، والثالث: إن باع أرضًا بكل قليل وكثير منها أو فيها بدون ذكر الحقوق والمرافق يدخلان فيه.

قوله: (ومن باع ثمرة لم يبدُ صلاحها) إلى آخره: لا خلاف للعلماء في بيع الثمار بعد بُدوِّ الصلاح، لكن الخلاف في تفسير بُدُوِّ الصلاح، فعندنا: هو أن

....

يأمن العاهة والفساد. ذكره في المبسوط[١].

وعند الشافعي: بدو الصلاح بظهور النضج ومبادي الحلاوة.

أما قبل بدو الصلاح إذا اشتراها مطلقًا يجوز عندنا، وعند الشافعي ومالك وأحمد: لا يجوز. والبيع بشرط القطع قبل بدو الصلاح يجوز فيما ينتفع به بالإجماع، وبشرط الترك لا يجوز به بالإجماع. وبيع الثمار قبل الظهور لا يجوز بالإجماع، وبعد الظهور على ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يبيعها قبل صيرورتها منتفعًا بها، فإن لم يصلح لتناول بني آدم وعلف الدواب؛ فقال شيخ الإسلام: لا يجوز، وذكر القدوري في شرحه والإسْبِيجابي: أنه يجوز، وإليه أشار محمد في كتاب الزكاة في [٢/ ٦٣/أ] باب العشر والخراج في الجامع، وهو الصحيح.

والحيلة في ذلك: أن يبيعه مع أوراقه، بأن يبيع الكمثرى في أول ما يخرج من زهوه مع أوراقه، فيجوز في الكمثرى تبعًا للأوراق، ويجعل كأنه ورق كله، فيجوز عند الكل.

والثاني: ما إذا باعه بعد ما صار منتفعًا به، إلا أنه لم يتناهَ عظمه، فالبيع جائز إذا باع مطلقًا أو بشرط القطع، ولو باعه بشرط الترك فالبيع فاسد؛ لأنه شرط لا يقتضيه العقد، وفيه نفع لأحد المتعاقدين.

والثالث: إذا باعه بعدما تناهى عظمه، فالبيع جائز عند الكل إذا باعه مطلقًا أو بشرط القطع، ولو باعه بشرط الترك لا يجوز في القياس، وهو قولهما، ويجوز في الاستحسان، وهو قول محمد والشافعي ومالك وأحمد.

ولهم: «**نهى النبيُّ ﷺ عَن بيعِ الثّمارِ حتّى يبدوَ صَلاحُها**» رواه ابن عمر[٢]، وفي رواية: «**حتّى يَزْهَى**» رواه أنس[٣].

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٢/ ١٩٥).

(٢) أخرجه البخاري (٢/ ١٢٧ برقم ١٤٨٦) ومسلم (٣/ ١١٦٥ برقم ١٥٣٤) من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما.

(٣) أخرجه البخاري (٢/ ١٢٧ برقم ١٤٨٨) ومسلم (٣/ ١١٩٠ برقم ١٥٥٥) من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه.

....

وفي رواية: «**حتّى تُؤْمَنُ العاهَةُ**»[١] وفي رواية: «**حتّى تَنجُوَ مِنَ العاهَةِ**»[٢] والحديث مذكور في الصحيحين.

ولأن الثمار قبل بدو الصلاح غير منتفع بها، فلا تكون مالًا، فلا يرد العقد عليها، ولو كان منتفعا بوجه قبل بدو الصلاح كالحصرم - وهو أول العنب - جاز لكن بشرط القطع.

ولنا: قوله عليه السلام: «**مَنِ اشْترىَ نخلًا قَدْ أُبِّرَ فثَمرتُهُ للبائِعِ**»[٣] وفي رواية: «**قد أثمر إلا إن شرط المبتاع**» أي: المشتري، فجعله للمشتري بالشرط، فدل على جواز بيعه.

وفي الموطَّإ عن عمرة بنت عبد الرحمن قالت: ابتاع رجل ثمرة حائط في زمن النبي ﷺ فعالجه، فقام حتى تبين له النقصان، فسأل رب الحائط أن يضع له أو يقيله، فحلف ألّا يفعل، فأتى النبي عليه الصلاة والسلام فقال: «**هو له**»[٤] ولولا صحة البيع لم يرتب الإقالة عليه، ولأنها ثمرة يجوز بيعها بشرط القطع بالإجماع، فجاز مطلقًا، كما لو احمرت أو اصفرت.

وتأويل حديث ابن عمر: أن ذلك في البيع بشرط الترك، أو المراد به النهي عن بيعها، بدليل [قوله][٥] عليه السلام: «**أرأيتَ لَوْ أذهبَ اللهُ الثمرةَ فبِمَ يَستَحِلُّ أحدُكُمْ مالَ أخِيهِ؟**»[٦] وإنما يتوهم هذا إذا اشتراه بشرط الترك أو سلَمًا.

---

(١) أخرجه مسلم (٣/ ١١٦٥ برقم ١٥٣٥) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

(٢) أخرجه أحمد (٦/ ١٦٠ برقم ٢٥٣٠٧) من حديث عائشة رضي الله عنها، وقال: أبى خارجة ضعيف الحديث.

(٣) أخرجه البخاري (٣/ ١٨٩ برقم ٢٧١٦) ومسلم (٣/ ١١٧٢ برقم ١٥٤٣) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

(٤) أخرجه مالك (٢/ ٦٢١ برقم ١٥) ونقل ابن الملقن عن الشافعي أنه حديث مرسل. انظر: البدر المنير (٦/ ٥٨٩).

(٥) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(٦) أخرجه البخاري (٣/ ٧٧ برقم ٢١٩٨) ومسلم (٣/ ١١٩٠ برقم ١٥٥٥) من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه.

إمَّا لِكَونِهِ مُنتَفَعًا بِهِ فِي الحَالِ أَو ....

أو المراد ببدو الصلاح: صيرورته صالحًا لمنفعة، ما روي أنه ﷺ «**نَهَى عن بيعِ الثمارِ حتّى تَحمَرَّ وتَصفَرَّ**»(١) ويحمل غاية الاحمرار والاصفرار على بعض الثمار الذي لا يبدو صلاحه إلا بالاحمرار والاصفرار، كالتين فإنه لا يصير منتفعا به قبل الاحمرار والاصفرار، والعنب والمشمش يصير منتفعًا قبلهما، فيكون المراد ببدو الصلاح فيهما كونهما صالحين للانتفاع، وفي هذا عملا بقدر الإمكان. كذا في المبسوط.

وفي شرح المجمع: ما رواه ابن عمر دليل لنا؛ لأنه ﷺ علق جواز البيع إلى غاية، ومن حكم الغاية أن يخالف ما بعدها ما قبلها، ومعلوم أن البيع قبل بدو الصلاح يجوز بشرط القطع بالاتفاق، فقد تركتم حكم الغاية المنصوصة عليها عادلين إلى أن الغاية بشرط القطع.

فأما على قولنا فمعناه: نهي عن بيعها مدرة قبل الإدراك، ومحمرة قبل الاحمرار، ورُطَبًا قبل البلوغ؛ لأن العادة أن الناس يبيعون الثمرة قبل أن تقطع، فنهى النبي ﷺ عن ذلك، أي: البيع حتى توجد الصفة المذكورة، فالظاهر معنىً من وجهين:

أحدهما: تبقية ظاهر الغاية من غير تخصيص.

والثاني: أنا حملنا الخبر على أمر معتاد ببينة؛ أنه ﷺ «**نَهَى عن بَيعِ العِنَبِ حتّى يَسْوَدَّ**»(٢) والعنب لا يكون عنبًا قبل الاسوداد، فدل أنه نهى عن بيعه عنبًا مسودًّا وهو حصرم.

يؤيده: قوله ﷺ: «**أرأيتَ إن مَنَعَ اللهُ الثّمرةَ بِمَ يَسْتَحِلُّ أحدُكُمْ مالَ أخِيهِ؟**»(٣) وهذا لا يكون إلا والعقد وقع على الثمرة قبل بدو الصلاح؛ ليتصور أن يمنعها الله تعالى من التمام والكمال، وقد روي عدم الجواز قبل بدو الصلاح، والأول أظهر.

---

(١) أخرجه مسلم (٣/ ١١٦٦ برقم ١٥٣٤) من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) سبق تخريجه.

فِي الثَّانِي، وَقَد قِيلَ: لَا يَجُوزُ قَبلَ أَن يَبدُوَ صَلَاحُهَا، وَالأَوَّلُ أَصَحُّ (وَعَلَى الْمُشتَرِي قَطعُهَا فِي الحَالِ) تَفرِيغًا لِمِلكِ البَائِعِ، وَهَذَا إِذَا اشتَرَاهَا مُطلَقًا أَو بِشَرطِ القَطعِ (وَإِن شَرَطَ تَركَهَا عَلَى النَّخِيلِ فَسَدَ البَيعُ)؛ لِأَنَّهُ شَرطٌ لَا يَقتَضِيهِ العَقدُ وَهُوَ شَغلُ مِلكِ الغَيرِ أَو هُوَ صَفقَةٌ فِي صَفقَة وَهُوَ إِعَارَةٌ أَو إِجَارَةٌ فِي بَيعٍ، وَكَذَا بَيعُ الزَّرعِ بِشَرطِ التَّركِ لِمَا قُلنَا، وَكَذَا إِذَا تَنَاهَى عِظَمُهَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ لِمَا قُلنَا، وَاستَحسَنَهُ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ(*) لِلعَادَةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا لَم يَتَنَاهَ

(وفي الثاني)؛ أي: ثاني الحال. وفي بعض النسخ: (وفي المال). وقد قيل: لا يجوز.

وفي فتاوى قاضي خان: لم يُجَوِّزْ عامّةُ مشايخِنا بيعَ الثمار قبل أن تصير منتفعة؛ لنهيه عليه السلام عن بيعها قبل ظهور صلاحيتها للانتفاع، وفي الزمان الثاني، وتعليله ما قال في الكتاب: لأنها منتفع بها في ثاني الحال، فيجوز بيعه كبيع الجحش، ومولود ولد من ساعته، ومهر صغير، فاختار صاحب الهداية قوله، بقوله: والأول أصح.

(على المشتري قطعها في الحال)؛ تفريغًا لملك البائع.

(لأنه)؛ أي: شرط الترك (شرط لا يقتضيه [٢/ ٦٣/ ب] العقد) وفيه نفع لأحدهما كما بيّنّا.

(أو هو)؛ أي: البيع بشرط الترك (صفقة في صفقة وهو) أي: شرط الترك (إعارة) على تقدير ترك الأرض بلا أجرة، أو إجارة على تقدير تركها بأجرة، أو إعارة إن لم يجعل شيئًا من الثمن بمقابلة الترك، وإجارة إن جعل وإدخال صفقة في صفقة منهي عنه.

(لما قلنا) وهو أنه شرط لا يقتضيه العقد، واستحسنه محمد، وهو قول الشافعي ومالك وأحمد.

(للعادة)؛ أي: لتعامل الناس من غير نكير، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد فيما يبدو صلاحها؛ لأنه شرط فيه الجزاء المعدوم، فإذا شرط الترك فقد

(*) الراجح: قول محمد.

عِظَمُهَا؛ لِأَنَّهُ شَرطٌ فِيهِ الجُزءُ المَعدُومُ وَهُوَ الَّذِي يَزِيدُ لِمَعنى مِن الأَرضِ أَو الشَّجَرِ.

وَلَو اشتَرَاهَا مُطلَقا وَتَرَكَهَا بِإِذنِ البَائِعِ طَابَ لَهُ الفَضلُ، وَإِن تَرَكَهَا بِغَيرِ إِذنِهِ تَصَدَّقَ بِمَا زَادَ فِي ذَاتِهِ، لِحُصُولِهِ بِجِهَةٍ مَحظُورَةٍ، وَإِن تَرَكَهَا بَعدَمَا تَنَاهَى عِظَمُهَا لَم يَتَصَدَّق بِشَيء.

لِأَنَّ هَذَا تَغَيُّرُ حَالَة لَا تَحَقُّقُ زِيَادَة، وَإِن اشتَرَاهَا مُطلَقا ....

شرط الأجزاء المعدومة، فيفسد البيع، أما لو تناهى عظمها فالبعير يكون في وصفها لا في ذاتها، فإن الشمس تنضجها بتقدير الله تعالى، ويأخذ اللون من القمر والطعم من الكواكب، فلم يبق فيه إلا عمل الشمس والقمر والكواكب، فلا يفسد بشرط الترك لعدم شرط الأجزاء المعدومة فيه.

ولأن في البيع بشرط الترك لا تتحقق الإجارة ولا الإعارة؛ لأنهما لا تتحققان في الشجر، فكان منتفعًا بإذن البائع، والاشتراط طلب الإذن منه، وبقول محمد أخذ الطحاوي؛ لعموم البلوى وعدم إنكار السلف. وذكر أبو يوسف في المنتقى مع محمد.

وفي التحفة: والصحيح قولهما؛ لأن التعامل لم يكن بشرط الترك، ولكن الإذن بلا شرط في العقد معتاد.

(ولو اشتراها)؛ أي: الثمرة التي لم يتناهَ عظمها **(مطلقًا)** أي: عن شرط الترك والقطع.

(وتركها بإذن البائع طاب)؛ أي: الفضل **(له)** أي: للمشتري.

(تصدق بما زاد في ذاته) أي: يقوّم قبل التناهي وبعده، فيصدق بفضل ما بينهما من قيمته.

(لأن هذا) أي: ما حصل من النضج واللون **(تغير حالة)** أي: من النَّيِّءِ إلى النضج؛ كما بينا أن الشمس تنضجه، إلى آخره.

(لا تتحقق زيادة)؛ أي: في ذاته؛ لأن الكلام فيما إذا تناهى عِظَمُها.

(وإن اشتراها)؛ أي: الثمار **(مطلقًا)**؛ أي: عن شرط الترك والقطع، أو اشتراها بشرط القطع إلى وقت الإدراك بأن لم تبين المدة.

وَتَرَكَهَا عَلَى النَّخِيلِ وَقَد استَأجَرَ النَّخِيلَ إِلَى وَقتِ الإِدرَاكِ طَابَ لَهُ الفَضلُ؛ لِأَنَّ الإِجَارَةَ بَاطِلَةٌ لِعَدَمِ التَّعَارُفِ وَالحَاجَةِ فَبَقِيَ الإِذنُ مُعتَبَرًا، بِخِلَافِ مَا إِذَا اشتَرَى الزَّرعَ وَاستَأجَرَ الأَرضَ إِلَى أَن يُدرِكَ وَتَرَكَهُ حَيثُ لَا يَطِيبُ لَهُ الفَضلُ؛ لِأَنَّ الإِجَارَةَ فَاسِدَةٌ لِلجَهَالَةِ فَأَورَثَت خُبثًا.

(**لعدم التعارف**)؛ أي: لم يجر عرف بين الناس باستئجار الأشجار، أو لأن الإجارة أضيفت إلى غير محلها، فإن محلها المنفعة دون العين، فلا ينعقد كبيع الحر.

(**والحاجة**)؛ أي: لعدم الحاجة؛ لأن الحاجة بها إنما تتعين أن لو لم يكن له مخلص سوى الاستئجار، وهاهنا يمكن أن يشتري الثمار مع أصولها، فيتركها على الأشجار.

وفي الفصول: لو أراد جواز إجارة الأشجار واللزوم؛ فالحيلة فيه: أن يكتب أن لهذا المشتري حق ترك الثمار على هذه الأشجار في مدة كذا بأمر لازم واجب، وعسى أن تكون الثمار لرجل والأشجار لآخر، وله حق الترك فيها إلى وقت الإدراك، فإذا ذكر هذا حمل على أنه بحق لازم. كذا في شروط ظهير الدين المرغيناني.

(**فبقي الإذن معتبرًا**)؛ أي: مقصودًا بلا قيد بشيء، فطاب له الفضل.

(**للجهالة**)؛ أي: لجهالة وقت الإدراك إذا لم تبين المدة، فوقت الإدراك قد يتقدم إذا تعجّل الحرُّ، وقد يتأخر إذا طال البرد. كذا في المبسوط[١].

وفي مبسوط شيخ الإسلام: الفرق أن الإجارة في مسألة الأشجار لم تنعقد فاسدًا ولا جائزًا؛ لإضافتها إلى غير محلها وهو الأشجار، فإنها عين والحادث فيها عين أيضًا، ولا تربية للشجر في الثمر بل للأرض فيهما، أما الحاصل من الأرض منفعة التربية، فأما الزيادة في الحَبِّ تحصل من القصيل؛ لأن القصيل للحب كالشجر للثمر، فانعقدت الإجارة، ولكن فسدت لجهالة المدة؛ لما حصل من الزيادة بسببها كان حاصلًا بسبب خبيث، فكان سبيله التصدق، وحقيقة الفرق بين الإذن الثابت في ضمن الإجارة الفاسدة، والإذن الثابت في

---

(١) المبسوط للسَّرَخسِي (١٢/ ١٩٤).

وَلَو اشتَرَاهَا مُطلَقًا فَأَثمَرَت ثَمَرًا آخَرَ قَبلَ القَبضِ فَسَدَ البَيعُ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمكِنُهُ تَسلِيمُ المَبِيعِ لِتَعَذُّرِ التَّمِييزِ.

وَلَو أَثمَرَت بَعدَ القَبضِ يَشتَرِكَانِ فِيهِ لِلِاختِلَاطِ، وَالقَولُ قَولُ المُشتَرِي ....

ضمن الإجارة أن الإذن في الباطلة صار مقصودًا بنفسه؛ لأن الباطل معدوم، والمعدوم لا يتضمن شيئًا، ولا كذلك الفاسدة؛ لأنها منعقدة على ما عرف في الأصول، فأمكن جعله متضمنًا للإذن، والمتضمن متى فسد؛ فسد المتضمن.

فإن قيل: بطلان المتضمن يتضمن بطلان المتضمن، فينبغي ألا يبقى الإذن، كالوكالة الثابتة في ضمن عقد الرهن يبطل ببطلان الرهن.

قلنا: الحال لا يخلو إما أن يكون أجير الشجر عالما ببطلان الإجارة أو لا، فإن كان عالمًا فظاهرٌ؛ لأن الإذن حينئذ منفردًا عن الإجارة، وإن لم يكن عالمًا أنزل عالمًا؛ لأن الجهل في دار الإسلام ليس بعذر، فكان الإذن منفردًا عن الإجارة تقديرًا.

(لتعذر التميز)؛ أي: بين الثمر الذي خرج بعد البيع وبين ما كان خارجًا قبل البيع، ولو اشترى [٢/ ٦٤/أ] ثمار بستان على ما هو العرف، ويقال بالفارسية (برباغ)، وبعض الثمار قد خرج وبعضها لم يخرج في ظاهر المذهب لا يجوز، وبه قال الشافعي وأحمد؛ لتعذر التمييز إذا خرج الباقي.

وكان الحلواني يفتي بجوازه في الثمار والباذنجان والبطيخ وغير ذلك، ويزعم أنه مروي عن أصحابنا، وهكذا حكي عن الفضلي، وكان يقول: الموجود في هذا العقد أصل وما يحدث بعد ذلك تبع، ولهذا شرط أن يكون الخارج أكثر، وبه قال مالك.

وقال الإمام السرخسي: والأصح أنه لا يجوز.

وفي المجتبى: وعلى قياس ما ذكر، في شراء أغصان التوت مطلقًا أو بشرط القطع جاز أخذها في اليوم، وإن مضى يوم فسد البيع؛ لاختلاط غير المبيع بالمبيع، وينبغي أن تكون الثمار التي لم تدرك وفي كل ما يزداد كذلك.

قوله: (يشتركان للاختلاط): وفي الإيضاح: لو أخرج ثمرة أخرى في مدة الإدراك، سواء تركه بإذنه أو بغير إذنه فهو للبائع، فإنه تولد على أصل مملوك له، فإن حلل له البائع جاز، وإن اختلط الحادث بالموجود بحيث يتعذر التمييز،

فِي مِقدَارِهِ؛ لِأَنَّهُ فِي يَدِهِ، وَكَذَا فِي البَاذِنجَانِ وَالبِطِّيخِ، وَالمَخلَصُ أَن يَشتَرِيَ الأُصُولَ لِتَحصُلَ الزِّيَادَةُ عَلَى مِلكِهِ.

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ أَن يَبِيعَ ثَمَرَة وَيَستَثنِيَ مِنهَا أَرطَالًا مَعلُومَة) خِلَافًا لِمَالِكٍ رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لِأَنَّ البَاقِيَ بَعدَ الِاستِثنَاءِ مَجهُولٌ.

بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ وَاستَثنَى نَخلًا مُعَيَّنًا؛ لِأَنَّ البَاقِيَ مَعلُومٌ بِالمُشَاهَدَةِ.

فلو كان قبل القبض فسد البيع لتعذر التسليم، كما لو تعذر بالهلاك.

وقال المزني، وأكثر أصحاب الشافعي: في انفساخ البيع قولان، قال صاحب الحلية: أصحهما: أنه ينفسخ(١).

وفي تتمتهم: والصحيح عدم الانفساخ، ثم يقال للبائع: أترضى بأن تترك جميع الثمرة، فإن ترك يلزم البائع قبوله، حتى لا يحتاج إلى فسخ، فإن امتنعا يفسخ العقد بينهما؛ لتعذر إمضائه.

(**في مقداره**)؛ أي: مقدار ما حدث (**لأنه**)؛ أي: المبيع (**في يده**) أي: يد المشتري، فيكون الظاهر شاهدًا له.

وقال بعض أصحاب الشافعي: لا ينفسخ البيع، [ثم](٢) إن كان المبيع في يد المشتري القول قوله مع يمينه، وإن كان في يد البائع القول قوله مع يمينه.

قال صاحب التهذيب: وهو القياس.

قوله: (والمخلص)؛ أي: الحيلة في ذلك: أن يشتري أشجار البطيخ والباذنجان والرطبة والزرع والحشيش ببعض الثمن، ويستأجر الأرض ببعض الثمن مدة معلومة؛ لتملك ما يحدث منه وليتمكن من إبقاء الأشجار. وفي [الكبرى](٣) ثم فإذا تقدم [يقدم](٤) الشراء على الإجارة.

وفي الذخيرة والمغني: قال أبو الليث: وفيه طريق آخر؛ وهو أن يأذن للمشتري للترك على أنه متى رجع عن الإذن كان مأذونا في الترك بإذن جديد.

قوله: (خلافًا لمالكٍ) فإن عنده يجوز كاستثناء شجرة معينة.

---

(١) حلية العلماء للشاشي (٤/ ٢١٩).

(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(٣) كذا في الأصل، وفي النسخة الثانية: (المكتري).

(٤) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

قَالَ ﷺ: قَالُوا: «هَذِهِ رِوَايَةُ الحَسَنِ»، وَهُوَ قَوْلُ الطَّحَاوِيِّ؛ أَمَّا عَلَى ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ يَنبَغِي أَن يَجُوزَ(*)؛ لِأَنَّ الأَصلَ ....

(رواية الحسن) عن أبي حنيفة، وهو قول الطحاوي والشافعي وأحمد.

وفي شرح الطحاوي: باع التمر على رؤوس النخل إلّا صاعًا منها يجوز؛ لأن المستثنى منها معلوم، كما إذا كان التمر مجذوذا موضوعا.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أنه لا يجوز في الصورتين؛ لأن الباقي بعد الاستثناء مجهول، ونهى النبي ﷺ عن المزابنة والمحاقلة، بخلاف شجرة معينة.

فإن قيل: هذه جهالة لا تفضي إلى المنازعة؛ لأنهما تراضيا على إخراج مقدار معين، ومثل هذه الجهالة لا تفسد البيع، كما لو باع قفيزًا من هذه الصبرة.

قلنا: سلّمنا أنهما تراضيا، لكن المشتري يطلب الأجود، والبائع لا يدفع غيره، فيفضي إلى المنازعة، مع أنه قد يحتمل ألا تكون الثمرة إلا قدر المستثنى، فيخلو العقد عن الفائدة، كما لا يصح مثل هذا في المضاربة، بأن شرط رب المال أو المضارب شيئًا معلومًا لنفسه لهذا المعنى.

فإن قيل: ينبغي أن يجوز البيع على كل حال، سواء بقي بعد الاستثناء شيء أو لم يبقَ؛ لأنه إن بقي فظاهر؛ إذ الباقي بعد الاستثناء معلوم لكون المستثنى معلوما، والبيع قبل الاستثناء يكون استثناء الكل من الكل، وهو باطل، فحينئذ يجوز البيع؛ لأنه صار كأنه باع ولم يستثنِ.

قيل في جوابه: هذا باعتبار المال، أما باعتبار الحال لا يجوز؛ لأنه لا يعرف في المال أنه هل يبقى بعد الاستثناء شيءٌ أم لا؟، فصار مجهولًا جهالة مفضية إلى المنازعة كما بينّا.

وقيل: رواية الحسن والطحاوي محمولة(١) على ما إذا لم يكن التمر منتفعًا به؛ لأنه ربما يصيبه آفة ولم يبق فيه إلا قدر المستثنى، فيتطرق فيه الضرر والغرر.

قوله: (لأن الأصل) إلى آخره: اعلم: أن الاستثناء تصرف فيما دخل تحت اللفظ قصدًا، ولهذا لا يصح استثناء الصفة من الموصوف، كأطراف الحيوان،

(*) الراجح: هو ظاهر الرواية.

(١) في الأصل: (مجهولة) ولعل المثبت أليق بالسياق.

أَنَّ مَا يَجُوزُ إِيرَادُ العَقدِ عَلَيهِ بِانفِرَادِهِ يَجُوزُ استِثنَاؤُهُ مِن العَقدِ، وَبَيعُ قَفِيزٍ مِن صُبرَةٍ جَائِزٌ فَكَذَا استِثنَاؤُهُ، بِخِلَافِ استِثنَاءِ الحَملِ وَأَطرَافِ الحَيَوَانِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيعُهُ، فَكَذَا استِثنَاؤُهُ.

(وَيَجُوزُ بَيعُ الحِنطَةِ فِي سُنبُلِهَا وَالبَاقِلَاءِ فِي قِشرِهِ) وَكَذَا الأَرُزُّ وَالسِّمسِمُ. وَقَالَ

فمتى صح إفراده بالعقد كان ذلك دليلًا على أنه مقصود داخل تحت اللفظ قصدًا، فيصح استثناؤه.

فإن قيل: لو قال: بعت منك هذا القطيع من الغنم إلّا هذه الشاة بعينها بمائة درهم، فإنه جائز على ما ذكر من رواية شرح [٢/ ٦٤/ب] الطحاوي، ولو قال: بعت منك هذا القطيع من الغنم كله على أن لي هذه الشاة الواحدة بعينها لا يجوز، مع أنه استثنى في الصورتين ما يجوز إفراده، فما الفرق؟

قلنا: أصل هذا الفرق راجع إلى أن الاستثناء يقتضي أن يكون الاستثناء مقصودًا كما ذكرناه، ففي الصورة الأولى: الشاة المعينة في الاستثناء الحقيقي غير داخلة في البيع من الابتداء على ما هو الأصل؛ فإن الأصل أن الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا، بخلاف الصورة الثانية، وهي قوله: على أن هذه الشاة المعينة؛ فإنها دخلت أولًا في الجملة ثم خرجت بصحتها من الثمن، وهي مجهولة فيفسد البيع في الكل.

ونظير هذا: ما لو قال: بعت منك هذا العبد إلّا عُشْرَهُ؛ فإنه يصح في تسعة أعشاره. ولو [قال][(١)]: بعت بكذا على أن لي عُشْرَهُ؛ لا يصح هذا المعنى. إليه أشير في تنوع الحصائد لنجم الدين النسفي.

قوله: **(وأطراف الحيوان)** فإنه لا يجوز أن يبيع الشاة ويستثني منها جلدًا أو غيره، لا في حضر ولا في سفر، وبه قال الشافعي. وقال أحمد: يجوز ذلك في الرأس والأكارع؛ لعدم الإفضاء إلى المنازعة غالبًا، وتوقف في استثناء الشحم.

وعن مالك: أنه يجوز ذلك في السفر دون الحضر للضرورة فيه.

قوله: **(ويجوز بيع الحنطة في سنبلها)** وبه قال الشافعي في القديم.

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

الشَّافِعِيُّ ﷺ: لَا يَجُوزُ بَيعُ البَاقِلَاءِ الأخضَرِ، وَكَذَا الجوزُ وَاللَّوزُ وَالفُستُقُ فِي قِشرِهِ الأَوَّلِ عِندَهُ. وَلَهُ فِي بَيعِ السُّنبُلَةِ قَولَانِ، وَعِندَنَا: يَجُوزُ ذَلِكَ كُلُّهُ. لَهُ: أَنَّ المَعقُودَ عَلَيهِ مَستُورٌ بِمَا لَا مَنفَعَةَ لَهُ فِيهِ فَأَشبَهَ تُرَابَ الصَّاغَةِ إِذَا بِيعَ بِجِنسِهِ.

وقال الشافعي في الجديد: لا يصح، وله في بيع الباقلاء الأخضر وجهان، والمنصوص منه: أنه لا يجوز، وهو ظاهر مذهبه.

وقال الإصطخري وكثير من أصحابه: يجوز، وهو قولنا ومالك وأحمد.

(**وكذا الجوز**)؛ أي: الرطب منه، أما في اليابس منهما يجوز بلا خلاف.

والمختار عند الشافعي: جواز بيع الباقلاء واللوز الرَّطِب، وبيع الأرز في قشره يجوز في المنصوص منه؛ لأنه مدخر في قشره، فيكون كالشعير والقشر على الجوز واللوز اليابس.

له: أنه عَلَيْهِ السَّلَامُ «**نَهى عَن بيعِ الغَرَرِ**»[(١)] وهذا منه؛ لأنه لا يدري قدر الحب في السنابل، ولأنه عَلَيْهِ السَّلَامُ «**نهَى عن بيعِ الطَّعامِ حتّى يُفرَكَ**»[(٢)].

(**تراب الصاغة**) وهو التراب الذي فيه ذرات الذهب، حتى لو باعه بجنسه لا يجوز لاحتمال الربا، ولا يصرف إلى خلاف الجنس تحرِّيًا للجواز، كما في بيع الدرهم والدينارين بدرهمين ودينارين؛ لأن التراب ليس بمال متقوم.

وحاصل قول الشافعي: أن التراضي شرط في المعاوضة، وتمام الرضى إنما يكون بالعلم، وكونه مستورًا يحل به، فتكون محلًّا بالتراضي، ولفقد الرضا أثر في الفساد، وعلى هذا ينبغي ألا يجوز عنده في قشره الثاني، لكن باعتبار التعامل ألحق بما هو المقصود وهو المعقود عليه.

ولنا: ما روي أنه عَلَيْهِ السَّلَامُ «**نَهَى عن بيعِ النّخلِ حتّى يزهَى - أي: يَحْمَرَّ أو يَصْفَرَّ - وعن بيعِ السُّنبلِ حتّى يبيَضَّ ويَأمَنَ العاهَةَ**» أي: الآفة. رواه مسلم في صحيحه[(٣)].

---

(١) أخرجه مسلم (٣/ ١١٥٣ برقم ١٥١٣) من حديث أبي هريرة ﷺ.

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى (٥/ ٤٩٥ برقم ١٠٦١٤) بلفظ: «. . . وَعَنْ بَيْعِ الْحَبِّ حَتَّى يُفْرَكَ» من حديث أنس بن مالك ﷺ. وأخرجه أبو داود (٣/ ٢٥٣ برقم ٣٣٧١) والترمذي (٣/ ٥٢٢ برقم ١٢٢٨) والحاكم (٢/ ٢٣ برقم ٢١٩٢) بلفظ: «. . . وعن بيع الحب حتى يشتد».

(٣) سبق تخريجه.

وَلَنَا: مَا رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «أَنَّهُ نَهَى عَن بَيعِ النَّخلِ حَتَّى يَزهُوَ، وَعَن بَيعِ السُّنبُلِ حَتَّى يَبيَضَّ وَيَأمَنَ العَاهَةَ»؛ وَلِأَنَّهُ حَبٌّ مُنتَفَعٌ بِهِ فَيَجُوزُ بَيعُهُ فِي سُنبُلِهِ كَالشَّعِيرِ، وَالجَامِعُ كَونُهُ مَالًا مُتَقَوِّمًا، بِخِلَافِ تُرَابِ الصَّاغَةِ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا لَا يَجُوزُ بَيعُهُ بِجِنسِهِ لِاحتِمَالِ الرِّبَا، حَتَّى لَو بَاعَهُ بِخِلَافِ جِنسِهِ جَازَ، وَفِي مَسأَلَتِنَا لَو بَاعَهُ بِجِنسِهِ لَا يَجُوزُ أَيضا لِشُبهَةِ الرِّبَا؛ لِأَنَّهُ لَا يَدرِي قَدرَ مَا فِي السَّنَابِلِ.

وما رواه علي بن معبد «**أنه ﷺ أجازَ بيعَ القَمحِ في سُنبلِهِ إذا ابْيَضَّ**»، ولأنه حبٌّ منتفع؛ فإنه يدخر في سنبله، قال تعالى: ﴿فَمَا حَصَدتُّمْ فَذَرُوهُ فِي سُنۢبُلِهِۦٓ﴾ [يوسف:٤٧] فيكون كالشعير، وكونه منتفعًا يوجب جواز البيع؛ لأنه مال متقوِّم، وما لم يكن منتفعًا به لا يجوز بيعه لعدم التموّل فيه.

وما رواه محمول على بيع الطير في السماء والسمك في الماء؛ لأن الغرر ما له عاقبة مستورة. هكذا ذكره في الصحاح[١] والمبسوط[٢]. أو يحمل على بيعه قبل أن يشتد.

وتأويل قوله ﷺ: «**حتّى يُفْرَكَ**» أي: صار بحال يتأتى فيه الفرك، والحمل عليه أولى توفيقا بينه وبين ما روينا، وجواب قياسه بتراب الصاغة مذكور في المتن.

فإن قيل: يجوز بيع النخل قبل الإزهاء عندكم.

قلنا: تأويل الحديث على هذا الإشكال، بيع التمر على النخل بشرط الترك إلى أن يحمرَّ أو يصفرَّ، بدليل قوله ﷺ: «**أرأيتَ لَوْ أذهبَ اللهُ تَعالَى الثمرَ بِمَ يَستَحِلُّ أحدُكم مالَ أخِيهِ؟**»[٣] وإنما يتوهم الإذهاب إذا اشتراه بشرط [الترك][٤] وقبل الإدراك. كذا في زاد الفقهاء.

ولأن الإزهاء يكون في التمر لا في النخل، أو هو محمول على ما قبل الظهور عندنا، أو النهي يقتضي الجواز عندنا على ما ذكر في الأصول.

---

(١) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية للجوهري (٢/ ٧٦٨).
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٢/ ١٩٤).
(٣) سبق تخريجه.
(٤) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(وَمَن بَاعَ دَارًا دَخَلَ فِي البَيعِ مَفَاتِيحُ إغلَاقِهَا)؛ لِأَنَّهُ يَدخُلُ فِيهِ الأَغلَاقُ؛ لِأَنَّهَا مُرَكَّبَةٌ فِيهَا لِلبَقَاءِ وَالمِفتَاحُ يَدخُلُ فِي بَيعِ الغَلَقَ مِن غَيرِ تَسمِيَة؛ لِأَنَّهُ بِمَنزِلَةِ بَعضٍ مِنهُ إذ لَا يُنتَفَعُ بِهِ بِدُونِهِ.

فإن قيل: ما الفرق بين هذه المسألة وبين ما إذا باع حب قطن في قطن بعينه؛ حيث لا يجوز هناك، مع أن المبيع في الكل موجود في غلافه.

قلنا: أشار أبو يوسف إلى الفرق وقال: إن الغالب في السنبلة الحنطة؛ ألا ترى أنك تقول: هذه حنطة وهي في سنبلها، ولا تقول: هذا [٢/ ٦٥/أ] حب وهو في القطن، وإنما تقول: هذا قطن، وكذلك النوى في التمر. كذا في الذخيرة، وفيه نوع تأمل.

وفي شرح الطحاوي: الأصل أن بيع الشيء في غلافه لا يجوز قبل الإزالة، إلا الحنطة في سنبلها أو سائر الحبوب في سنبلها، والذهب في ترابه والفضة في ترابها، بخلاف جنسه من الثمن، وما يكون في غلافه كاللبن في الضرع، واللحم والشحم في الشاة، والألية والأكارع والجلود فيها، والدقيق في الحنطة، والزيت في الزيتون، والدهن في السمسم، والعصير في العنب.

قوله: (يدخل فيه)؛ أي: في البيع (الأغلاق) وهو جمع غلق، وهو المغلاق، وهو ما يغلق به الباب. كذا في الصحاح(١).

وبالفارسية: (كليدان). (لأنها)؛ أي: الأَغلاق (مركبة فيها)؛ أي: في الدار، وكذا المفتاح يدخل بلا خلاف.

وفي الفوائد الظهيرية: هذا إذا كانت الأغلاق مركبة في حيطان الدار، أما إذا كانت منفصلة لا تدخل بدون الذِّكر، إلا إذا كان شيئًا جرى العرف به، والعادة فيما بين الناس أن البائع لا يضن به، ولا يمنعه عن المشتري، فحينئذ يدخل وإن لم يذكر في البيع.

(لأنه)؛ أي: المفتاح (بمنزلة بعض منه)؛ أي: من الغلق (إذ لا ينتفع به)؛ أي: بالغلق (بدونه)؛ أي: بدون المفتاح، ولذلك يدخل المفتاح وإن كان منفصلًا من الغلق.

---

(١) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية للجوهري (٤/ ١٥٣٨).

قَالَ: (وَأُجرَةُ الكَيَّالِ وَنَاقِدِ الثَّمَنِ عَلَى البَائِعِ) أَمَّا الكَيلُ فَلَا بُدَّ مِنهُ لِلتَّسلِيمِ وَهُوَ عَلَى البَائِعِ، وَمَعنَى هَذَا إِذَا بِيعَ مُكَايَلَةً، وَكَذَا أُجرَةُ الوَزَّانِ وَالزَّرَّاعِ وَالعَدَّادِ، وَأَمَّا النَّقدُ فَالمَذكُورُ رِوَايَةُ ابنِ رُستُمَ عَن مُحَمَّد؛ لِأَنَّ النَّقدَ يَكُونُ بَعدَ التَّسلِيمِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَكُونُ بَعدَ الوَزنِ، وَالبَائِعُ هُوَ المُحتَاجُ إِلَيهِ لِيُمَيِّزَ مَا تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّهُ مِن غَيرِهِ أَو لِيَعرِفَ المَعِيبَ لِيَرُدَّهُ.

وَفِي رِوَايَةِ ابنِ سِمَاعَةَ عَنهُ عَلَى المُشتَرِي(*)؛ لِأَنَّهُ يَحتَاجُ إِلَى تَسلِيمِ الجَيِّدِ

فإن قيل: يلزم على هذا أن يدخل الطريق بدون الذكر في بيع الدار؛ لأن الانتفاع بالدار لا يمكن إلا بالطريق، ومع ذلك لا يدخل.

قلنا: شراء الدار قد يكون مقصودًا بدون الطريق؛ لأنه يحتمل أن يكون مراد المشتري أخذ الشفعة بسبب ملك الدار المشتراة، أما المغلاق لا يكون مقصودًا للمشتري منفردًا عن الدار، وكذا المفتاح بدون الغلق، فيدخل بدون الذكر، كما في إجارة الدار؛ فإن الطريق يدخل بلا ذكر؛ لأن الانتفاع مقصود في الإجارة، وذا لا يتصور إلا بالطريق، وقد مرت المسائل في بيع الدار.

قوله: (هذا إذا بيع مكايلة) وإنما قيد به؛ لأنه لو باع مجازفة لا يجب على البائع أجرة الكيال؛ لأنه لا يجب عليه الكيل.

(وكذا أجرة الوزان)؛ أي: وزان المبيع كالدهن والدبس يجب عليه، وهذا أيضًا إذا باع موازنة، وكذا أجرة العداد إذا كان المبيع عدديًا، كالجوز والبيض، أو باع الغنم عدًّا، فأجرة العد عليه، وكذا أجرة الذّرّاع عليه إذا باع مذارعة؛ لأن تسليم المبيع على البائع، فتكون مؤنته عليه. وبه قال الشافعي.

(ألا ترى أنه)؛ أي: النقد **(بعد الوزن، والبائع هو المحتاج إليه)**؛ أي: إلى النقد **(ليميز)**؛ أي: البائع **(ما تعلق به حقه)**؛ أي: حق البائع وهو الجيد **(من غيره)**؛ أي: من غير حق البائع وهو الرديء. وبه قال الشافعي في وجه.

(سماعة عنه)؛ أي: عن محمد **(على المشتري)** وبه كان يفتي الصدر

(*) الراجح: رواية ابن سماعة.

المُقَدَّرِ، وَالجُودَةُ تُعرَفُ بِالنَّقدِ كَمَا يُعرَفُ القَدرُ بِالوَزنِ فَيَكُونُ عَلَيهِ. قَالَ: (وَأُجرَةُ وَزَّانِ الثَّمَنِ عَلَى المُشتَرِي) لِمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ هُوَ المُحتَاجُ إِلَى تَسلِيمِ الثَّمَنِ وَبِالوَزنِ يَتَحَقَّقُ التَّسلِيمُ.

قَالَ: (وَمَن بَاعَ سِلعَة بِثَمَن قِيلَ لِلمُشتَرِي: ادفَع الثَّمَنَ أَوَّلًا)؛ لِأَنَّ حَقَّ المُشتَرِي تَعَيَّنَ فِي المَبِيعِ فَيُقَدَّمُ دَفعُ الثَّمَنِ لِيَتَعَيَّنَ حَقُّ البَائِعِ بِالقَبضِ لِمَا أَنَّهُ لَا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعيِينِ تَحقِيقًا لِلمُسَاوَاةِ.

قَالَ: (وَمَن بَاعَ سِلعَة بِسِلعَة أَو ثَمَنًا بِثَمَن قِيلَ لَهُمَا: سَلِّمَا مَعًا) لِاستِوَائِهِمَا فِي

الشهيد، وبه قال الشافعي في وجه. وعن محمد: أجرة النقد على من عليه الدين، كما في الثمن أنه على المشتري باتفاق الأئمة الأربعة.

قوله: (**ومن باع سلعة بثمن**)؛ أي: بالدرهم أو الدينار، وغير مؤجل؛ لأنه لو باع سلعة بسلعة وبالثمن المؤجل لا يجبر المشتري على دفع الثمن أولًا، وبه قال الشافعي في قول، ومالك.

وقال في الأصح: أنه يجبر البائع على تسليم المبيع أولًا، وبه قال أحمد؛ لأنه لا يخاف هلاك الثمن وملك البائع مستقر فيه، حتى ينفذ تصرفه فيه، فيتم بالحوالة والاعتياض، وملك المشتري غير مستقر حتى يقبض، فعلى البائع التسليم ليستقر.

وقال الشافعي في قول: يجبرهما الحاكم على التسليم، فيأمر كل واحد منهما إحضار ما عليه، فإذا أحضرا سلم الثمن إلى البائع والمبيع إلى المشتري.

وفي قول: لا يجبرهما ويمنعهما عن التخاصم، فإذا سلم أحدهما أجبر الآخر. كذا في شرح الوجيز(١).

(**تحقيقا للمساواة**)؛ أي: في المالية؛ لأن الثمن دين، والدين أنقص من العين في المالية، ولأنه ﷺ قال: «**ثَلاثٌ لَا يُؤَخَّرْنَ: الدّينُ إذا وُجِدَ مَن يَقبِضُهُ...**» الحديث، والثمن دين.

قوله: (**سَلِّما**)؛ أي: بإجماع الأئمة الأربعة.

---

(١) العزيز شرح الوجيز للرافعي (٣١٢/٤).

التَّعَيُّنِ فَلَا حَاجَةَ إِلَى تَقدِيمِ أَحَدِهِمَا فِي الدَّفعِ.

وفي المغني: لو كان المبيع غائبًا؛ فللمشتري أن يمتنع عن تسليم الثمن حتى يحضر المبيع؛ ليتمكن من قبضه عقيب تسليم الثمن.

وفي المجتبى: لا بد من معرفة كيفية التسليم والتسلم، ومكان التسليم. فالتخليةُ بين المشتري وبين المبيع -من غير مانع من قبضه- قَبْضٌ، وبه يدخل المبيع في ضمان المشتري.

قال ابن شجاع: وهذا باتفاق أهل العلم. وقال الشافعي: القبض في الدراهم والدنانير بتناولهما بالبراجم، وفي الثياب ونحوها بنقله من مكانه، إلا الطعام مكايلة فبالكيل، وفي العقار والشجر بالتخلية؛ لنهي النبي عليه السلام **«عن بَيعِ الطّعامِ في السّوقِ حتّى يَنقلوهُ»**[1].

قلنا: كانوا يتبايعونها عن تلقي الجلب بظروفها، لا يشاهدونه حتى ينقلوه إلى رحالهم، [٢/ ٦٥/ ب] فنهاهم عن بيعها قبل الرؤية.

ولنا: أن التخلية معنًى يُدخِلُ التمرَ في ضمان المشتري على رؤوس النخل بالإجماع، فكذا العروض.

وفي شرح الوجيز: القول الجملي في القبض: أن الرجوع فيما يكون قبضًا إلى العادة، ويختلف بحسب اختلاف المال[2].

وفي الغاية: المحكم فيه العرف، فقبضُ العقارِ التخليةُ، وقبضُ المنقولِ النقلُ إلى مكان لا يختص بالبائع، وبه قال أحمد.

وفي شرح الوجيز: لو باع الشيءَ مع اعتبار تقدير فيه، كما إذا اشترى ثوبًا أو أرضًا مذارعة، أو متاعًا موازنة، أو صبرةً مكايلة، أو معدودًا بالعدد، فلا يكفي في القبض النقل، ولا بد مع ذلك من الذرع أو الكيل أو الوزن أو العدِّ[3].

---

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٨٢ برقم ٣٤٩٩) والحاكم (٢/ ٤٦ برقم ٢٢٧١) بلفظ: «نَهَى أَنْ تُبَاعَ السِّلَعُ حَيْثُ تُبْتَاعُ، حَتَّى يَحُوزَهَا التُّجَّارُ إِلَى رِحَالِهِمْ» من حديث زيد بن ثابت رضي الله عنهما.

(٢) العزيز شرح الوجيز للرافعي (٤/ ٣٠٥).

(٣) العزيز شرح الوجيز للرافعي (٤/ ٣٠٧).

....

وفي المجتبى: أمره البائع بالقبض فلم يقبضه حتى أخذ إنسان، فإن أمكنه قبضه من غير قيام صح التسليم، وإلا فلا.

وفي النظم: أمر البائع المشتري بحلق شعر العبد أو بالحجامة، أو يسقيه دواء أو يداوي جرحه ففعل؛ لا يصير قابضًا. ولو قبض المشتري فوجد به عيبًا ففعل هذه الأشياء لا يكون رضًا. ولو أمره بختان الجارية والغلام، أو الفصد أو ربط جرحه، أو قطع عرقه، أو كان ثوبًا فقطعه أو قصره أو غسله، أو نعله يحذوه، أو طعامًا يطبخه، أو جارية فأمر أن يزوجها فزوجها ودخل بها زوجها؛ يكون قبضًا، ولو لم يدخل لا يكون قبضًا. ولو فعل المشتري شيئًا من هذه الأشياء بعد وجدان العيب به يصير راضيًا، ولم يكن له الرد، فيرجع بالنقصان في هذا كله؛ لأن البائع قبل المبيع قبل حصول هذه الأشياء جاز، فالعجز عن الرد من قبله، فكان عليه النقصان؛ لأن المبيع لما لم يكن مقبوضًا قصدًا فقد وجد هذه التصرفات مضافة إليه، وامتنع الرد بسببها، فكان ضمان النقصان بسببها؛ لأن البائع أمره وسلطه عن ولاية، فكانت هذه التصرفات منه.

وفي جمع النوازل: دفع المفتاح في بيع الدار تسليمٌ، إذا تهيأ له فتحه من غير كلفة، ولو باع حنطة في بيته ودفع إليه المفتاح ليقبض، فإن قال: خليت بينك وبينها فتسليم، وإلّا فلا.

سلّم الدار وهما غائبان عنها، وقال المشتري: قبضتها؛ لم يصر قابضًا حتى يكون قريبا بحيث يقدر إغلاقها.

وفي جامع شمس الأئمة: يصح القبض وإن كان العقار غائبا عند أبي حنيفة، خلافا لهما، ثم كل شيء اشتراه بعينه فجاء به البائع، وأمره المشتري أن يطرحه في الماء ففعل؛ فهو قابض.

اشترى فرسًا في حظيرة[1]، فقال البائع: سلمته إليك، ففتح المشتري الباب فذهب، فإن أمكنه أخذه بيده بلا عون؛ كان تسليمًا، وإلا فلا، وكذا في الطير.

---

(١) في الأصل: (حصيرة) والمثبت من النسخة الثانية.

....

وفي جامع شمس الأئمة: إن كان لا يقدر بقبضه إلّا مع الحبل، وليس معه حبل؛ لا يكون قبضًا، وعلى هذا العون، لو كان معه حبل وعون فقبض، وكذا لو اشترى رمكة من الرماك في حظيرة. ولو اشترى الرماك كلها؛ فالتخلية بينه وبين الحظيرة تسليم، حتى لو غلبته وهلكن؛ هلكن من المشتري، ولو كان في البيت متاعه وإن قل أو درعه؛ يمنع التسليم.

وعن الوبري: المتاع لغير البائع لا يمنع، فلو أذن له بقبض المتاع والبيت صح، وصار المتاع وديعة عنده. ولو هلك الثوب وهو في أيديهما بعد التخلية فهو قبض عند محمد، خلافا لأبي يوسف. ولو اشترى دهنا ودفع قارورة ليزنه فيها، فوزنه فيها بحضرة المشتري فهو قبض، وكذلك يعينه على الأصح وإن كان في بيت البائع، وكذا سائر المكيلات والموزونات إذا وزنها أو كالها في وعاء المشتري بأمره، وفي جوالق بعد الاستعارة بعينها بغيبة المشتري اختلاف، وبعد القبض قبض، ولو غصب شيئًا بعينه ثم اشتراه؛ صار قابضا بالشراء، وليس للبائع حبسه بالثمن، بخلاف الوديعة والعارية، إلا إذا وصل إليه بعد التخلية.

اعلم: أن العقد يقتضي تسليم المبيع، حيث هو وقت العقد لا في مكان العقد. وقيل: في مكان العقد، حتى لو لزم مؤنة في إحضاره يلزم البائع، وبه قال الشافعي.

ولو اشترى حنطة في السواد يجب تسليمها في السواد، ولو اشترى ثمرا على الأشجار فجزَّها على المشتري. وفي الموازية: على البائع. وكذا قلع الجزر [والسلجم][(١)] والبصل ونحوها على المشتري، إلا قدر الأنموذج فهو على البائع بكل حال. ولو اشترى حنطة في سفينة أو بيت [٢/٦٦/أ] أو جوالق، أو ثوبا في جراب؛ فالإخراج على المشتري. ولو اشترى وقر حنطة في المصر؛ فحملها على البائع. ولو اشترى حنطة في سنبلها؛ فتخليصها بالكدس والتدرية على البائع، والتبن للبائع، وكذا صبها في وعاء المشتري بالعزق، وصب الماء من التربة عليه، والله أعلم.

---

(١) كذا بالأصل، وفي النسخة الثانية: (والبلح).

بَابُ خِيَارِ الشَّرطِ

قَالَ: (خِيَارُ الشَّرطِ جَائِزٌ فِي البَيعِ لِلبَائِعِ وَالمُشتَرِي، وَلَهُمَا الخِيَارُ ثَلَاثَةَ أَيَّام فَمَا دُونَهَا) وَالأَصلُ فِيهِ مَا رُوِيَ أَنَّ حِبَّانَ بنَ مُنقِذِ بنِ عَمرٍو الأَنصَارِيَّ ﷺ كَانَ

باب خيار الشرط

لما ذكر أحكام العلة التامة، وهي العلة اسمًا ومعنًى وحكمًا وهي الأصل؛ شرع في بيان أحكام العلة الناقصة، وهي العلة اسمًا ومعنًى لا حكمًا، وهي البيع بشرط الخيار.

وقدم خيار الشرط على غيره؛ لأنه يمنع ابتداء الحكم، وخيار الرؤية يمنع تمام الحكم، وخيار العيب لزوم الحكم، وكذا قدم خيار الرؤية عليه.

وقولنا: (خيار الشرط) من قبيل إضافة الحكم إلى سببه؛ لأنه يحصل بالشرط، وحقه ألّا يثبت؛ لما روي أنه عليه السلام **«نَهَى عن بيعٍ وشرطٍ»**[(١)] ولأن فيه معنى الغرر، وفيه معنى القمار، فلا يليق ذلك في الإثباتات، لكن لما ورد النص أظهرنا عمله في منع الحكم دون السبب؛ تقليلًا لعمله بقدر الإمكان.

وشرط الخيار جائز بإجماع الفقهاء والعلماء، ولكن اختلفوا في مدته، ويجوز للبائع وللمشتري، أو لهما معا، أو لغيرهما، وفي غيرهما أصلان يجيء.

وقال سفيان الثوري وابن شبرمة: يجوز للمشتري لا للبائع؛ لأنه ثبت بخلاف القياس، فيقتصر على مورد النص وهو المشتري، إلا إذا كان في معناه.

وقلنا: قوله عليه السلام: **«إِذَا بايَعْتَ...»**[(٢)] يتناول البيع والشراء، فيجوز لهما، ولأن بالناس حاجة إليه لدفع الغبن بالتروِّي، وفيه يستوي البائع والمشتري.

(ثلاثة أيام) بالرفع على الابتداء، والنصب على الظرفية، أو: في ثلاثة أيام.

(وحبان) بفتح الحاء والباء. و (منقذ) بالذال، فإنه كان يُغْبَنُ في البياعات لمأمومة أصابت رأسه، وكان ألثغ ويقول: لا خيابة. كذا في المبسوط[(٣)].

(والخلابة) الخداع.

---

(١) أخرجه الطبراني في الأوسط (٤/ ٣٣٥ برقم ٤٣٦١) من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ٤٠).

يُغبَنُ فِي البِيَاعَاتِ، فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «إِذَا بَايَعت فَقُلْ لَا خِلَابَةَ وَلِيَ الخِيَارُ ثَلَاثَةَ أَيَّام».

(وَلَا يَجُوزُ أَكثَرُ مِنهَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ) وَهُوَ قَولُ زُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ. (وَقَالَا: يَجُوزُ إِذَا سَمَّى مُدَّة مَعلُومَة لِحَدِيثِ ابنِ عُمَرَ ﷺ: «أَنَّهُ أَجَازَ الخِيَارَ إِلَى شَهرَينِ»)[*]؛ وَلِأَنَّ الخِيَارَ إِنَّمَا شُرِعَ لِلحَاجَةِ إِلَى التَّرَوِّي لِيَندَفِعَ الغَبنُ، وَقَد تَمَسُّ الحَاجَةُ إِلَى الأَكثَرِ فَصَارَ كَالتَّأجِيلِ فِي الثَّمَنِ.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّ شَرطَ الخِيَارِ يُخَالِفُ مُقتَضَى العَقدِ وَهُوَ اللُّزُومُ، وَإِنَّمَا جَوَّزنَاهُ بِخِلَافِ القِيَاسِ لِمَا رَوَينَاهُ مِن النَّصِّ، فَيُقتَصَرُ عَلَى المُدَّةِ المَذكُورَةِ فِيهِ وَانتَفَت الزِّيَادَةُ.

(وهو)؛ أي: عدم الجواز في الأكثر (قول زفر والشافعي) ومالك برواية شرح المجمع، ولكن ذكر في الحلية: وقال مالك: شرط الخيار على حسب ما تدعو إليه الحاجة، وذلك يختلف باختلاف الأموال، فإن كان المبيع مما لا يبقى أكثر من يوم كالفاكهة مثلا؛ لم يجز أن يشترط الخيار فيه أكثر من يوم، وإن كان ضيعة لا يمكن الوقوف عليها في ثلاثة أيام؛ يجوز أن يشترط أكثر من ثلاثة أيام؛ لأنه شرع للحاجة إلى التروي[1].

(وقالا)؛ أي: أبو يوسف ومحمد (يجوز في الأكثر إذا سمى مدة معلومة) طالت المدة أو قصرت، وبه قال أحمد؛ لقوله ﷺ: «**المُسلِمونَ عندَ شُروطِهِمْ**»[2].

(التروي) التأمل والتفكر.

(فصار)؛ أي: شرط الخيار (كالتأجيل في الثمن) فإنه يجوز في قليل المدة وكثيرها، وإن كان يخالف مقتضى العقد لأجل الحاجة، فكذا هذا.

(على المدة المذكورة) وهي الثلاثة (وانتفت الزيادة) لأن التقدير الشرعي ما

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) حلية العلماء للشاشي (٤/ ١٩).

(٢) سبق تخريجه.

(إِلَّا أَنَّهُ إِذَا أَجَازَ فِي الثَّلَاثِ جَازَ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ) خِلَافًا لِزُفَرِ، هُوَ يَقُولُ: إِنَّهُ انعَقَدَ فَاسِدًا فَلَا يَنقَلِبُ جَائِزًا. وَلَهُ: أَنَّهُ أَسقَطَ المُفسِدَ قَبلَ تَقَرُّرِهِ فَيَعُودُ جَائِزًا كَمَا إِذَا بَاعَ بِالرَّقمِ وَأَعلَمَهُ فِي المَجلِسِ.

يمنع الزيادة والنقصان، أو أحدهما، وهذا التقدير لا يمنع النقصان بالإجماع، فيلزم أن يمنع الزيادة، وإلا لم يبق في هذا التقدير فائدة.

وفي شرح المجمع: وإنما جاز فيما دونها ضرورة كونها من أجزاء الثلاثة، ولا تجوز في الزيادة بالباقي، أي: القياس، وهو عدم جواز البيع مع تراخي الحكم؛ للزوم تراخي المسبب عن السبب السالم عن معارض النص.

والمعنى: أن الخيار شرع لدفع الغبن، وذا يحصل بالثلاثة، فيقصر عليها.

والجواب عن حديث ابن عمر «**أنّهُ أجازَ الخِيارَ**»؛ أن المراد خيار الرؤية والعيب، فإنه أجاز خيار الرؤية بعد شهرين، فلا يجوز التمسك به، مع أن هذه حكاية حال ولا عموم له.

وعن قوله ﷺ: «**المُسلمونَ...**» الحديث؛ أن ذلك في المواعيد، أو شرط يصح شرعًا.

وعن القياس بالتأجيل؛ أن التأجيل يشترط للقدرة على الأداء، والقدرة عليه تكون بالكسب، والكسب في كل مدة لا تثبت له القدرة عليه، فلا بد من مدة طويلة. كذا في الجامع الصغير لصدر الإسلام، وشرح القدوري، والمبسوط.

(خلافا لزفر) وبقوله: قال الشافعي.

(إنه)؛ أي: العقد.

(فلا ينقلب جائزًا) كما إذا باع الدرهم بالدرهمين، ثم أسقط الدرهم الزائد. وكما لو نكح امرأة وتحته أربع نسوة ثم طلق الرابعة؛ لا يحكم بصحة نكاح الخامسة. وكما لو اشترى عبدًا بألف ورطل من خمر ثم أبطل الخمر؛ فإنه لا يعود إلى الجواز؛ لأن البقاء على وفق الثبوت.

(وله)؛ أي: لأبي حنيفة (أنه)؛ أي: من له الخيار (أسقط المفسد) وهو اشتراط اليوم الرابع [٢/٦٦/ب] (قبل تقرره) أي: لزومه وثبوته؛ لأن ثبوته

....

بمضي ثلاثة أيام، فيعود جائزًا؛ لأن شرط الخيار غير مفسد للعقد بنفسه، وإنما المفسد وصل الخيار باليوم الرابع، وهو تعرض الفصل قبل مجيء اليوم الرابع، فإذا أسقطه فقد تحقق الانفصال وزال المعنى المفسد، فصار كأن لم يكن، فبقي العقد صحيحًا، أما إذا مضى جزء من اليوم الرابع؛ فقد تحقق الاتصال في ذلك الجزء على وجه لا يمكن فصله بالإسقاط؛ لأن عمل الإسقاط فيما بقي لا في ما استوفي، فلهذا لا ينقلب العقد صحيحًا باختياره، ويستوي فيما ذكرنا أن يكون الخيار للبائع أو للمشتري. كذا في جامع شمس الأئمة.

ثم اختلف مشايخنا في حكم هذا العقد في الابتداء على قول أبي حنيفة؛ فقال مشايخ العراق: ينعقد فاسدًا بحكم الظاهر، إذ الظاهر دوامها على الشرط، فحكمنا بفساد العقد، فإذا أسقطه قبل مجيء اليوم الرابع تبين الأمر على خلاف الظاهر، فينقلب صحيحًا.

وقال مشايخ خراسان والإمام السرخسي: إنه موقوف، وبالإسقاط ينعقد صحيحًا، وإذا مضى يوم من الجزء الرابع فسد العقد الآن، وهو الأوجه. كذا في الفوائد الظهيرية والذخيرة.

وذكر الكرخي نصًّا عن أبي حنيفة: أن البيع موقوف على إجازة المشتري، وأثبت للبائع حق الفسخ قبل الإجازة؛ لأن لكل واحد من المتعاقدين حق الفسخ في العقد الموقوف، ولو أجاز من له الخيار تم العقد. كذا في الإيضاح.

وأما الجواب عن المسائل المقيسة عليها لزفر: أن الفساد فيها في صلب العقد وهو البدل، فلم يمكن رفعه، وفي مسألتنا وقع الفساد في شرطه فأمكن رفعه. وعلى قول مشايخ خراسان: نفس الخيار غير مفسد، بل فساده موقوف إلى مضي جزء من اليوم الرابع، بخلاف تلك المسائل؛ فإن المفسد ثابت في الحال.

الرقم في الأصل: الكتابة والختم، والتاجر يرقم الثياب، أي: يُعَلِّمُها بأن ثمنها كذا. كذا في المغرب[1].

---

(١) المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي (ص ١٩٦).

وَلِأَنَّ الفَسَادَ بِاعتِبَارِ اليَومِ الرَّابِعِ، فَإِذَا أَجَازَ قَبلَ ذَلِكَ لَم يَتَّصِلَ المُفسِدُ بِالعَقدِ، وَلِهَذَا قِيلَ: إِنَّ العَقدَ يَفسُدُ بِمُضِيِّ جُزءٍ مِن اليَومِ الرَّابِعِ، وَقِيلَ: يَنعَقِدُ فَاسِدًا ثُمَّ يَرتَفِعُ الفَسَادُ بِحَذفِ الشَّرطِ، وَهَذَا عَلَى الوَجهِ الأَوَّلِ.

(وَلَو اشتَرَى عَلَى أَنَّهُ إن لَم يَنقُدِ الثَّمَنَ إِلَى ثَلَاثَةِ أَيَّام فَلَا بَيعَ بَينَهُمَا جَازَ، وَإِلَى أَربَعَةِ أَيَّام لَا يَجُوزُ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَجُوزُ إِلَى أَربَعَةِ أَيَّامٍ

(**وهذا**)؛ أي: القول بانعقاده فاسدًا، ثم ارتفاع الفساد بحذف الشرط إنما يستقيم (**على الوجه**) أي: التعليل (**الأول**) وهو **قوله**: (**أسقط المفسد**) إلى آخره.

أما على التعليل الثاني وهو **قوله**: (**لأن الفساد**) إلى آخره لا يستقيم؛ لأنه لم ينعقد فاسدًا، فلم يمكن ارتفاع الفساد بحذف الشرط. وعلى هذا الخلاف: لو اشترى بأجل مجهول ثم أسقط الأجل؛ فعندنا يعود إلى الجواز، وعند زفر والشافعي: لا يعود، وقد مر الوجه.

وفي المحيط: لو شرط الخيار أبدًا أو مطلقًا، أو مؤقتا بوقت مجهول؛ فسد بالإجماع، خلافًا لأحمد ومالك، وأما في أربعة أيام ونحوها؛ كذلك عند أبي حنيفة وزفر والشافعي، وهو الأصح. ولو كان الخيار إلى قدوم فلان أو إلى هبوب الريح فأسقطاه؛ لم يجز البيع عند أبي يوسف. [ولو شرط الخيار لنفسه بعد شهر؛ جاز عند أبي يوسف][(١)] في الشهر، وله الخيار بعده يومًا. كذا في المجتبى.

قوله: (**ولو اشترى على أنه إن لم ينقد الثمن**) إلى آخره: ويسمى هذا خيار النقد، والقياس يأبى جوازه، وبه أخذ زفر والشافعي ومالك وأحمد؛ لأنه شرط لا يقتضيه العقد، وهو شرط الفسخ متى لم ينقد الثمن ثلاثة أيام، فكان هذا إقالة معلقة بعدم نقد الثمن، فلا يجوز، كما لو باع بشرط الإقالة، ولأن هذا تعليق الإقالة بالشرط، فلا يجوز كتعليق البيع، وليس هذا كشرط الخيار؛ فإن فيه يتم البيع بمضي المدة، وهاهنا ينفسخ البيع عند مضي المدة إذا لم ينقد الثمن، ولكنا تركنا القياس بحديث ابن عمر، فإنه باع ناقة بهذا الشرط، وقول

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

أَو أَكثَرَ(*)، فَإِن نَقَدَ فِي الثَّلَاثِ جَازَ فِي قَولِهِم جَمِيعًا) وَالأَصلُ فِيهِ: أَنَّ هَذَا فِي مَعنَى اشتِرَاطِ الخِيَارِ، إذ الحَاجَةُ مَسَّت إِلَى الِانفِسَاخِ عِندَ عَدَمِ النَّقدِ تَحَرُّزًا عَن المُمَاطَلَةِ فِي الفَسخِ فَيَكُونُ مُلحَقًا بِهِ.

الواحد من فقهاء الصحابة مقدم على القياس، ولم يوجد عن غيره خلاف، فحَلَّ محَلَّ الإجماع.

(**أن هذا**)؛ أي: خيار النقد (**في معنى اشتراط الخيار**)؛ أي: خيار الشرط؛ لأنه كما يحتاج إلى التروي في الثمن، هل يصير منقودًا أم لا؟، فكان هذا مغايرًا لخيار الشرط من حيث الصورة؛ لأن ثمة يحتاج إلى فسخ العقد، وهاهنا لا يحتاج إلى الفسخ، بل ينفسخ إذا لم ينقد، ولكن من حيث المعنى هما شيئان؛ لأن في باب الخيار يتعلق بثبوت الملك بمضي الثلاث، وهاهنا يتعلق الفسخ بمضي الثلاث قبل النقد، فصح الاستدلال. كذا في الإيضاح.

فإن قيل: لا نسلم أن هذا الشرط في معنى اشتراط الخيار، بل هذا على خلاف ذلك، كيف والحال أن[1] هناك لو سكت حتى مضت المدة يتم البيع، وهاهنا لو سكت حتى مضت المدة يبطل البيع، وجواز البيع مع شرط الخيار جائز بالنص على خلاف القياس، فلا يلحق به غيره إلّا إذا كان في معناه من كل وجه، وبما ذكرنا علم أنه ليس في معناه من كل وجه، فلا يلحق به.

قلنا: الاعتبار في كون الشيء بمعنى شيء آخر لما هو المقصود فيهما، لا لمعنى زائد، ثم هذا [٢/ ٦٧/ أ] الشرط من حيث المقصود كشرط الخيار؛ لأن في شرط الخيار يحتاج إلى التروي في المبيع، وهذا إلى التروي في الثمن كما ذكرنا، فيكون في معناه من كل وجه من حيث المقصود، فيلحق به. إليه أشير في المبسوط، والإيضاح.

(**المماطلة**) المدافعة. **وقوله**: (**في الفسخ**) متعلق بالمماطلة، يعني: (أرى أي أنك احتراز كنداز دار كردن در) فسخ بيع، أي: لأجل هذا المعنى مَسَّت

(*) الراجح: قول الشيخين.

(١) في الأصل: (إلى) والمثبت من النسخة الثانية.

وَقَد مَرَّ أَبُو حَنِيفَةَ عَلَى أَصلِهِ فِي المُلحَقِ بِهِ، وَنَفَى الزِّيَادَةَ عَلَى الثَّلَاثِ، وَكَذَا مُحَمَّدٌ فِي تَجوِيزِ الزِّيَادَةِ. وَأَبُو يُوسُفَ أَخَذَ فِي الأَصلِ بِالأَثَرِ، وَفِي هَذَا بِالقِيَاسِ. وَفِي هَذِهِ المَسأَلَةِ قِيَاسٌ آخَرُ وَإِلَيهِ مَالَ زُفَرُ، وَهُوَ أَنَّهُ بَيعٌ شُرِطَ فِيهِ إِقَالَةٌ فَاسِدَةٌ لِتَعَلُّقِهَا بِالشَّرطِ، ....

الحاجة إلى الانفساخ عند عدم النقد في ثلاثة أيام، فكان في معناه من هذا الوجه.

فإن قيل: هذه الضرورة تنقضي باشتراط الخيار لنفسه؛ لأنه إن لم ينقد الثمن في ثلاثة أيام يفسخ العقد، حتى يجوز بيعه بلا خلاف أحد.

قلنا: لا يصح هذا؛ لأن الضرورة باقية، فإنه لا يملك الفسخ على قول أبي حنيفة ومحمد إلا بحضرته، وعسى لا يقدر على الفسخ بحضرته. إليه أشير في جامع صدر الإسلام.

(في الملحق به) وهو خيار الشرط (ونَفَى الزيادة على الثلاث) فكذا في الملحق وهو خيار النقد.

(وكذا محمد)؛ أي: من محمد (في تجويز الزيادة) فيهما على أصله، وأبو يوسف يحتاج إلى الفرق، وفرقه: أن القياس يأبى جواز هذه الزيادة في كلا الصورتين، إلا أن في الأصل وهو شرط الخيار جاء الأثر، وهو حديث ابن عمر.

(وفي هذا)؛ أي: في خيار النقد (بالقياس)؛ أي: أخذنا القياس، يعني: النص مقيد بالثلاث في خيار النقد، وما ورد النص في خيار النقد في الزيادة، فيلحق خيار النقد بخيار الشرط دلالة، والنص ورد في خيار الشرط في الثلاثة، والزيادة دون خيار النقد. إليه أشير في الجامع الصغير لقاضي خان والذخيرة.

وفي جامع الإِسْبِيجابي: فأبو يوسف مضطرب، في رواية مع أبي حنيفة، وفي رواية مع محمد، وروى الحسن بن مالك أنه رجع عنه وقال: يجوز، كما قال محمد.

وفي شرح المجمع: والأصح: أنه يوافق الإمام.

(لتعلقها)؛ أي: لتعلق الإقالة (بالشرط) وهو عدم النقد.

وَاشتِرَاطُ الصَّحِيحِ مِنهَا فِيهِ مُفسِدٌ لِلعَقدِ، فَاشتِرَاطُ الفَاسِدِ أَولَى، وَوَجهُ الِاستِحسَانِ مَا بَيَّنَّا.

قَالَ: (وَخِيَارُ البَائِعِ يَمنَعُ ....

(**الصحيح منها**)؛ أي: من الإقالة (**فيه**)؛ أي: في العقد، يعني: اشتراط الإقالة الصحيحة في البيع، بأن قال: بعتك هذا بشرط أن تقبل البيع (**مفسد له**) وفيما نحن بصدده البيع معلق بالإقالة المعلقة وهي فاسدة، فأولى أن يفسد البيع.

(**ما بينا**) وهو **قوله**: (**إن هذا في معنى اشتراط الخيار**)[١] إلى آخره.

قال القاضي الإمام ظهير الدين في فوائده: هاهنا مسألة لا بد من حفظها؛ وهو أنه إذا لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام يفسد البيع ولا ينفسخ، حتى لو أعتقه المشتري وهو في يده نفذ عتقه، وإن كان في يد البائع لا ينفذ، ثم لو كان هذا الشرط للبائع؛ بأن اشترى عبدًا ونقد الثمن على أن البائع إن رد الثمن فلا بيع بينهما؛ جاز البيع بهذا الشرط، ويصير بمنزلة خيار الشرط، حتى إذا قبض المشتري المبيع يكون مضمونا عليه بالقيمة، ولو أعتقه المشتري لا ينفذ عتقه، ولو أعتقه البائع ينفذ.

وفي المجتبى: لو قال أحدهما بعد البيع: جعلتك بالخيار ثلاثة أيام؛ صح بالإجماع، ولو زاد أو أطلق؛ فسد البيع عند أبي حنيفة وزفر والشافعي، كالشرط الفاسد الملحق بالبيع الصحيح.

وقال أبو يوسف ومحمد وأحمد: يجوز كما في شرط الخيار. ولو قال البائع: خذه وانظر إليه اليوم، فإن رضيته أخذته بعشرة؛ فهو خيار.

باع بالخيار على أن له أن يغلّه ويستخدمه؛ جاز، وهو على خياره. وعلى أن يأكل من ثمره؛ لا يجوز؛ لأن الثمر له حصة من الثمن.

قوله: (**وخيار البائع**) إلى آخره: في المبسوط: لا خلاف بين أصحابنا أن البدل الذي من جانب المشروط له الخيار لا يخرج عن ملكه[٢]؛ لأن العين لا

---

(١) انظر ص ٦٣٦.

(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ٦٥).

....

تخرج عن ملكه بطريق التجارة إلّا بعد تمام رضاه به، والسبب بدون الشرط لا يكون عاملا في الحكم، كاليمين بالطلاق، ولهذا لو أعتقه المشتري قبل ذلك لا ينفذ عتقه، إلا أن السبب المنعقد في الأصل يسري إلى الزوائد المتصلة والمنفصلة؛ لكونه محلًّا له، وعند وجود الشرط كما يثبت الحكم في الأصل يثبت في الزوائد.

وحاصله: أن الشرط منع الحكم لا السبب في التمليكات، فمنع الرضا بخروج المبيع عن ملكه، فلا يخرج كما في الإكراه، وكذا الحكم إذا كان الخيار لهما جميعًا؛ لم يخرج المبيع عن ملك البائع، والثمن عن ملك المشتري بالإجماع.

وللشافعي فيه ثلاثة أقوال، أحدها: كقولنا، وبه قال مالك. والثاني: أنه ينتقل الملك عنه بنفس العقد، وبه قال أحمد؛ لأن البيع قد تم بالإيجاب والقبول، وثبوت الخيار فيه لا يمنع الملك، كخيار العيب؛ إذ به يثبت حق الفسخ، وليس من ضرورته امتناع الملك. وفي الغاية: وهو الأصح.

والثالث: أنه موقوف مراعى، فإن أمضى البيع تبيَّن [٢/ ٦٧/ ب] أن الملك قد انتقل بنفس العقد، وإن فسخ تبين أنه لم ينتقل. ووجهه: أن البيع يقتضي إزالة الملك، إلا أنه لما شرط الخيار لم يرض بزوال ملكه، وقد صح شرطه، فجعلنا الملك موقوفا على ظهور الحال.

ومن أصحابه من قال: ليست في المسألة ثلاثة أقوال، ولكنها على ثلاثة أحوال، فإن الخيار للبائع، وإن كان للمشتري فالملك للمشتري، وإن كان لهما فالملك موقوف. كذا في كتبهم من التتمة، والحلية، وشرح الوجيز(١).

وجه قولنا: ما نقلناه من المبسوط.

وفي الإيضاح: أدخل الخيار في العقد وحكم العقد، معناه: فمتى امتنع الحكم ظهر أثر الخيار في العقد، فأما الفسخ فليس من العقد في شيء، وهو

---

(١) العزيز شرح الوجيز للرافعي (٤/ ١٩٦).

خُرُوجَ المَبِيعِ عَن مِلكِهِ)؛ لِأَنَّ تَمَامَ هَذَا السَّبَبِ بِالمُرَاضَاةِ وَلَا يَتِمُّ مَعَ الخِيَارِ وَلِهَذَا يَنفُذُ عِتقُهُ.

وَلَا يَملِكُ المُشتَرِي التَّصَرُّفَ فِيهِ وَإِن قَبَضَهُ بِإِذنِ البَائِعِ (وَلَو قَبَضَهُ المُشتَرِي وَهَلَكَ فِي يَدِهِ فِي مُدَّةِ الخِيَارِ ضَمِنَهُ بِالقِيمَةِ)؛ لِأَنَّ البَيعَ يَنفَسِخُ بِالهَلَاكِ؛ لِأَنَّهُ كَانَ مَوقُوفًا، وَلَا نَفَاذَ بِدُونِ المَحَلِّ فَبَقِيَ مَقبُوضًا فِي يَدِهِ عَلَى سَومِ الشِّرَاءِ وَفِيهِ القِيمَةُ،

غير مذكور، فكان إعماله في المذكور أولى [من][1] هذا السبب، وهو البيع بالمراضاة، قال تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ﴾ [النساء:٢٩].

(ولا يتم)؛ أي: المراضاة (مع الخيار).

(ضمنه بالقيمة) وبه قال الشافعي في الوجه المشهور، ومالك. وفي وجه: ضَمِنَه بالثمن، وهو قياس قول أحمد.

وقال ابن أبي ليلى: لا يضمنه؛ لأنه قبضه بإذن المالك، فيكون أمينًا، فلا ضمان عليه.

وقلنا: البائع ما رضي بقبضه إلا بجهة العقد، والمقبوض بجهة العقد يكون مقبوضًا بالقيمة، كالمقبوض على سوم الشراء، وهذا لأن الضمان الأصلي القيمة، وإنما يتحول منه إلى الثمن عند تمام الرضا، ولم يوجد ذلك بوجود شرط الخيار للبائع، فبقي الضمان الأصلي. كذا في المبسوط[2].

قوله: (ولهذا ينفذ عتقه) دليل عدم الخروج عن ملكه.

فإن قيل: ينبغي ألا يدخل الشرط في الحكم أيضًا ويؤثر في اللزوم، كما قال الشافعي في أحد أقواله؛ لأنه أدنى.

قلنا: الإجماع منعقد على أن الشرط يدخل على السبب أو الحكم، فلو لم يدخل على الحكم هنا لم يبق له فائدة؛ لأن عدم لزوم البيع بدونه ثابت، ولهذا يرد بالعيب بالإجماع.

(وفيه)؛ أي: في المقبوض (على سوم الشراء القيمة) إذا لم يكن مثليًّا، وإن كان مثليًّا يضمن مثله.

وفي التتمة: المقبوض على سوم الشراء إنما يكون مضمونًا؛ إذا كان الثمن

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ٤٦).

وَلَو هَلَكَ فِي يَدِ البَائِعِ انفَسَخَ البَيعُ وَلَا شَيءَ عَلَى المُشتَرِي اعتِبَارا بِالبَيعِ الصَّحِيحِ المُطلَقِ.

قَالَ: (وَخِيَارُ المُشتَرِي لَا يَمنَعُ خُرُوجَ المَبِيعِ عَن مِلكِ البَائِعِ)؛ لِأَنَّ البَيعَ فِي جَانِبِ الآخَرِ لَازِمٌ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ الخِيَارَ إِنَّمَا يَمنَعُ خُرُوجَ البَدَلِ عَن مِلكِ مَن لَهُ الخِيَارُ؛ لِأَنَّهُ شُرِعَ نَظَرًا لَهُ دُونَ الآخَرِ. قَالَ: (إِلَّا أَنَّ المُشتَرِيَ لَا يَملِكُهُ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: يَملِكُهُ)(*)؛ لِأَنَّهُ لَمَّا خَرَجَ عَن مِلكِ البَائِعِ فَلَو لَمْ يَدخُلْ فِي مِلكِ المُشتَرِي يَكُونُ زَائِلًا لَا إِلَى مَالِكٍ وَلَا عَهدَ لَنَا بِهِ ....

مُسمّى، حتى إنه إذا قال: اذهب بهذا الثوب، فإن رضيته اشتريته، فذهب به فهلك في يده لا يضمن. ولو قال: إن رضيته اشتريته بعشرة، فذهب به فهلك في يده يضمن قيمته، وعليه الفتوى.

(بالصحيح المطلق) عن الخيار، وهو بيع الباتِّ، فإن المبيع فيه لو هلك في يد البائع؛ ينفسخ البيع، فكذا في هذا.

فإن قيل: ما فائدة قيده بالصحة مع أن الحكم في الفاسد كذلك؟

قلنا: إنما قيد به؛ لأن الأصل في الصحيح، والفاسد يأخذ الحكم عنه تبعا، فذكر الأصل لهذا، أو حملا لأمر المسلم على ما هو الأليق به؛ إذ الصحيح أليق به دون الفاسد. كذا قيل.

وفي المجتبى: في المحيط: يخرج الثمن عن ملك المشتري في هذه الصورة إجماعًا، إلا أنه لا يدخل في ملك البائع عند أبي حنيفة، خلافًا لهما.

قوله: (وخيار المشتري لا يمنع) إلى آخره: وهذا بالاتفاق (لأن البيع في جانب البائع لازم)؛ لتمام الرضا منه. وللشافعي فيه ثلاثة أقوال كما ذكرنا إذا كان الخيار للبائع أو لهما.

(وقالا)؛ أي: أبو يوسف ومحمد (يملكه) وبه قال الشافعي في قول ومالك وأحمد.

(ولا عهد لنا به)؛ أي: لا علم لنا به (في الشرع)؛ يعني: غير معهود في شريعتنا، فتصير كالسائبة.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

فِي الشَّرعِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهُ لَمَّا لَم يَخرُجِ الثَّمَنُ عَن مِلكِهِ، فَلَو قُلنَا بِأَنَّهُ يَدخُلُ المَبِيعُ فِي مِلكِهِ لَاجتَمَعَ البَدَلَانِ فِي مِلكِ رَجُلٍ وَاحِد حُكمًا لِلمُعَاوَضَةِ، وَلَا أَصلَ لَهُ فِي الشَّرعِ؛ لِأَنَّ المُعَاوَضَةَ تَقتَضِي المُسَاوَاةَ؛ وَلِأَنَّ الخِيَارَ شُرِعَ نَظَرًا لِلمُشتَرِي لِيَتَرَوَّى فَيَقِفَ عَلَى المَصلَحَةِ، وَلَو ثَبَتَ المِلكُ رُبَّمَا يُعتَقُ عَلَيهِ مِن غَيرِ اختِيَارِهِ بِأَن كَانَ قَرِيبَهُ فَيَفُوتُ النَّظَرُ.

فإن قيل: يشكل على هذا ما إذا اشترى متولي الكعبة عبدا لسدانة الكعبة وهي خدمتها، فإنه يخرج عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري. ذكره في الفوائد الظهيرية، والجامع لقاضي خان.

قلنا: قولنا: (غير معهود في الشرع) أي: في باب التجارة، وما ذكره ليس من التجارة بل هو ملحق بالأوقاف، وحكم الأوقاف كذلك.

وفي الإيضاح: الخيار يعمل فيما على المشتري، لا فيما له؛ لأن نفي الضرر في دفع ما عليه لا فيما له.

(البدلان)؛ أي: الثمن والمثمن.

وقوله: (حكمًا للمعاوضة) احتراز عن ضمان غصب المدبر؛ فإن الضمان يجب على الغاصب، ولا يخرج المدبر عن ملك مولاه، فيجتمع البدلان في ملكه؛ لأن ذلك ضمان جناية لا ضمان معاوضة. وقيل: احتراز عن حكم الهبة؛ فإنه يجوز أن يجتمعا بحكم الهبة.

وأما **قوله: (لا عهد لنا به في الشرع)** يشكل بالتركة المستغرقة بالدين؛ فإنه يخرج عن ملك الميت، ولا يدخل في ملك الورثة ولا الغريم وبالأوقاف.

وأما [٢/٦٨/أ] قوله: (فتصير كالسائبة) فليس كذلك؛ لأن السائبة ما لا مالك له أبدًا، أما هاهنا مؤقت إلى مضي المدة ثم يصير مملوكًا لأحدهما.

فإن قيل: لو لم يثبت الملك للمشتري ينبغي ألا تكون له حق الشفعة بالإجماع.

قلنا: إنما ثبت حق الشفعة بدار السكنى؛ لأنه بشرائها صار أحق بها تصرفًا، لا لأنه ملكها، بمنزلة عبد المأذون إذا بيعت دار بجنبه؛ فإنه يستحق الشفعة بهذا المعنى وإن لم يثبت له الملك، ولهذا لو أعتقه [المشتري ينفذ

قَالَ: (فَإِن هَلَكَ فِي يَدِهِ هَلَكَ بِالثَّمَنِ، وَكَذَا إِذَا دَخَلَهُ عَيبٌ) بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الخِيَارُ لِلبَائِعِ. وَوَجهُ الفَرقِ: أَنَّهُ إِذَا دَخَلَهُ عَيبٌ يَمتَنِعُ الرَّدُّ، وَالهَلَاكُ لَا يَعرَى عَن مُقَدِّمَةِ عَيبٍ فَيَهلِكُ، وَالعَقدُ قَد انبَرَمَ ....

عتقه][1]؛ لأنه صار أحق بالتصرف فيه، وإقدامه على الإعتاق إسقاط للخيار. كذا في المبسوط[2].

قوله: (فإن هلك)؛ أي: المبيع **(في يده)**؛ أي: في يد المشتري **(هلك بالثمن)**.

وقال زفر والشافعي في قول: يهلك بالقيمة كخيار البائع.

وقلنا: لما أشرف على الهلاك فقد عجز عن الرد، فيتم العقد وبطل خياره، فوجب الثمن كما ذكرنا في المتن.

(دخله عيب)؛ أي: دخل المبيعَ عيبٌ.

(والعقد قد انبرم)؛ أي: تم؛ لأن موجب خيار المشتري الردُّ جبرًا، ولا يبقى بعد حدوث العيب، فيتم العقد فيجب الثمن، بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع؛ لم يسقط خياره وإن أشرف على الهلاك؛ لأنه لم يعجز عن التصرف فيه بحكم الخيار، فلو لزم البيع فيه إنما يلزم بعد موته، وذلك لا يجوز؛ لأنه لم يبق للبيع، وكذا إذا حدث عيب به في يد المشتري، فإن البائع لو رضي بالاسترداد جبرًا يتمكن منه، فعلم بأن العقد موقوف كما كان فيلزمه القيمة.

وقيل في جانب أبي حنيفة: أن الخيار الثابت للمشتري هو ما كان ثابتًا له قبل العقد، وإنما أضيف للشرط باعتبار أنه مستند إلى ما بعد العقد، إذ لولاه لعمل العقد عمله، وحكم العقد ثبوت الملك للمشتري مضمونًا عليه بالثمن، وهذه الجملة معدومة قبل العقد، فكذا بعده ما دام الخيار ثابتًا، وهذا كالاستثناء؛ فإن عمله الإبقاء على العدم الأصلي، وإذا ثبت ذلك لم يمكن التفضيل بين المبيع والثمن، على أن الغرض من شرط الخيار وإن كان هو الحاجة، لكن هذا الامتياز بين حكمي المبيع والثمن إنما يصح أن لو كان انتفاء

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٢) المبسوط للسرخسي (١٣/٦٦).

....

حكم العقد في جانب المشتري من الشرط ليتقدر بقدره، وأما إذا كان الانتفاء بحكم العدم الأصلي لم يمكن التمييز؛ لاستحالة انتفاء حكم العقد بالعدم الأصلي في جانبه، حتى لا يلزمه الثمن بهذا العقد في زمان لا ينتفي فيه حكمه بعينه في [جانبه، ثم][١] هذا في عيب لا يرتفع في مدة الخيار كقطع اليد، وأما لو كان عيبًا يجوز ارتفاعه كالمرض، فهو على خياره إذا زال في المدة، فله الفسخ بعد ارتفاعه، ولو لم يرتفع بعد مضي المدة لزم العقد لتعذر الرد. كذا في الإيضاح.

وعن أبي يوسف: يبطل خيار المشتري في كل عيب بأي وجه كان، إلا في خصلة، وهي أن النقصان إذا حصل في يد المشتري بفعل البائع فلا يبطل خياره، إن شاء رده، وإن شاء أجاز البيع وأخذ من البائع الأرش. وفي زيادة متصلة متولدة من المبيع، كالحُسْنِ والجَمالِ وغيرهما؛ يبطل خياره وينفذ البيع في قول أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأن الفسخ رَدُّ البيع كما قُبِضَ، وقد عجز عن رده كما قُبِضَ، فيبطل خياره وينفذ البيع.

وقال محمد: لا يمنع الرد وهو على خياره؛ لأنه يرده كما قبض مع زيادة، فلو كانت الزيادة متصلة غير متولدة منه كالصبغ والخياطة وغيرهما لا يمنع الرد بالإجماع، ولو كانت الزيادة منفصلة متولدة منه كالولد والأرش والعقر والتمر واللبن والصوف يمنع الرد ويبطل الخيار وينفذ العقد، ولو كانت منفصلة غير متولدة كالكسب والغلة والصدقة والهبة فلا يمنع الرد وهو على خياره، إلا أنه إذا اختار البيع فالزوائد له مع الأصل، ولو اختار الردَّ يرُدُّ الأصلَ مع الزوائدِ عند أبي حنيفة. وعندهما يرد الأصل دون الزوائد، هذا إذا تعيب المبيع والخيار للمشتري، أما لو تعيب في يد المشتري والخيار للبائع؛ كان للبائع أن يلزمه البيع، وإن شاء فسخ البيع وضمنه ما انتقص؛ لأن العيب لا يمنع الفسخ في هذه الصورة لما ذكرنا، أما لو تعيب في يد البائع والخيار له فهو على خياره، وإذا

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

فَيَلزَمُهُ الثَّمَنُ، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ؛ لِأَنَّ بِدُخُولِ العَيبِ لَا يَمتَنِعُ الرَّدُّ حُكمًا بِخِيَارِ البَائِعِ فَيَهلِكُ وَالعَقدُ مَوقُوفٌ.

قَالَ: (وَمَن اشتَرَى امرَأَتَهُ عَلَى أَنَّهُ بِالخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّام لَم يَفسُد النِّكَاحُ)؛ لِأَنَّهُ

جاز البيع يخير المشتري فيه، وإن كان العيب بفعل البائع انتقض البيع فيه؛ لأن ما يحدث بفعل البائع يكون مضمونا عليه ويسقط حصته من الثمن، فلو بَقَّيْنا الخيار لتفرقت الصفقة على المشتري، فيضمن بقبضه نقض العقد من هذا الوجه. كذا في الإيضاح. [٢/٦٨/ب]

وقوله: (حكما لخيار البائع) تعليل للرد لا لعدم الامتناع، بل هو داخل تحت النفي. كذا قاله شيخي رحمه الله، وكان يقول بالفارسية (ردي كل واحد منهما حكم بايع يود ممتنع نمى شود)، وهذه التفريعات المذكورة تخرج على مذهب الشافعي على أقواله الثلاثة في الخيار.

وفي شرح المجمع: تفريع على مذهبه؛ إذا تلف المبيع بآفة سماوية في زمن الخيار؛ نظر: إن كان قبل القبض يفسخ العقد وإن كان بعده، وقلنا: الملك للبائع انفسخ أيضًا، فيسترد الثمن ويغرم للبائع القيمة، وإن قلنا: الملك للمشتري أو موقوف؛ فوجهان أو قولان، أحدهما: الفسخ أيضًا؛ لحصول الهلاك قبل استقرار العقد. وأصحهما: أنه لا ينفسخ لدخوله في ضمان المشتري بالقبض، ولا أثر لولاية الفسخ كما في خيار العيب، فإن قلنا بالانفساخ؛ فعلى المشتري القيمة، وإن قلنا بعدم الانفساخ، فهل ينقطع الخيار؟ وجهان: أحدهما: نعم، كما ينقطع خيار الرد بالعيب بتلف المبيع. وأصحهما: لا، كما لا يمتنع التحالف بتلف المبيع، ويخالف الرد بالرد؛ لأن الضرر ثَمَّ يندفع بالأرش، فإن قلنا بالأول؛ استقر العقد ولزم الثمن، وإن قلنا بالثاني، فإن تم العقد لزم الثمن، وإلا وجبت القيمة على المشتري واسترد الثمن، هذا تحصيله، وقد عرف مواضع الخلاف على التحقيق.

قوله: (ومن اشترى) إلى آخره: لما بين الاختلاف في المسألة بوجوهه؛ شرع في بيان فائدة الخلاف.

قيد بشراء امرأته؛ لأن المشتراة إذا لم تكن امرأته؛ لا تفصيل فيه بين كونها بِكرًا أو ثيبًا في أنه مختارًا للبيع بالوطء بالإجماع، سواء نقصه الوطء أو لا.

لَم يَملِكهَا لِمَا لَهُ مِن الخِيَارِ (وَإِن وَطِئَهَا لَهُ أَن يَرُدَّهَا)؛ لِأَنَّ الوَطءَ بِحُكمِ النِّكَاحِ (إِلَّا إِذَا كَانَت بِكرًا)؛ لِأَنَّ الوَطءَ يُنقِصُهَا، وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ (وَقَالَا: يَفسُدُ النِّكَاحُ)(*)؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهَا (وَإِن وَطِئَهَا لَم يَرُدَّهَا)؛ لِأَنَّ وَطأَهَا بِمِلكِ اليَمِينِ فَيَمتَنِعُ الرَّدُّ وَإِن كَانَت ثَيِّبًا؛ وَلِهَذِهِ المَسأَلَةِ أَخَوَاتٌ كُلُّهَا تَبتَنِي عَلَى وُقُوعِ المِلكِ لِلمُشتَرِي بِشَرطِ الخِيَارِ وَعَدَمِهِ: مِنهَا عِتقُ المُشتَرَى عَلَى المُشتَرِي إِذَا كَانَ قَرِيبا لَهُ فِي مُدَّةِ الخِيَارِ، وَمِنهَا: عِتقُهُ إِذَا كَانَ المُشتَرِي حَلَفَ إِن مَلَكتُ عَبدًا فَهُوَ حُرٌّ.

(**وإن وطئها**)؛ أي: إذا كانت ثيبًا ولم ينقصها الوطء، حتى لو نقصها ليس له الرد وإن كانت ثيبا. إليه أشير في شرح الطحاوي؛ لأن الوطء ينقصها، فصار بمنزلة احتباس جزء منها.

فإن قيل: رضي بالنقصان؛ لأنه لما زوجها فقد مكنها على الوطء، وإذا ثبت الخيار فقد مكن من الرد، فيكون راضيا بالنقصان.

قلنا: لا نسلم أن الرضا باقٍ بعدما باعها، بل لا يبقى.

وللشافعي في حل وطئها وجهان؛ أحدهما: يجوز، والثاني: لا يجوز وهو نصه.

وفي انفساخ نكاحها وجهان؛ أحدهما: ينفسخ، والثاني: لا ينفسخ، وهو ظاهر نصه.

أما لو كان المبيع غير امرأته؛ لم يحل للمشتري وطؤها على الأقوال كلها، ويحل للبائع وطؤها على الأقوال كلها. وقال أحمد: لا يحل للبائع أيضًا.

(**أخوات**)؛ أي: نظائر.

(**وعدمه**)؛ أي: عدم الملك.

(**منها**)؛ أي: من الأخوات.

(**قريبا له**)؛ أي: للمشتري، فإن لا يعتق عبده خلافًا لهما. وعند الشافعي: يعتق إذا قال: ملكه المشتري.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ: إن اشتَرَيتُ فَهُوَ حُرٌّ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ كَالمُنشِئِ لِلعِتقِ بَعدَ الشِّرَاءِ فَيَسقُطُ الخِيَارُ، وَمِنهَا: أَنَّ حَيضَ المُشتَرَاةِ فِي المُدَّةِ لَا يُجتَزَأُ بِهِ عَن

[**(إذا قال)**؛ أي: المشتري][1] **(إن اشتريتُ)** عبدا فاشتراه بالخيار، يعتق بالإجماع. أما عندهما فظاهر؛ لوجود الملك والشراء. وأما عنده؛ فإن المعلق بالشرط كالمرسل لذي الشرط، ولو أزيل العتق بعد شرائه بالخيار ينفذ عتقه، فكذا هذا. كذا في شرح الطحاوي. وهو معنى **قوله: (كالمنشئ للعتق بعد الشراء)**.

فإن قيل: لو كان كالمنشئ ينبغي أن ينوب عن الكفارة، إذا اشترى المحلوف عليه بعتقه ناويًا عن الكفارة، وحيث لا يقع عنهما بالنية.

قلنا: إنما جعلناه كالمنشئ لتصحيح **قوله: (فهو حر)** وليس من ضرورة صحة تحريره وقوعه عن الكفارة، ولأن استحقاق الحرية قد ثبت له وقت اليمين، فصار كمن أعتق المدبَّرَ ناويًا عن الكفارة، فإنه يعتق ولا ينوب عنها؛ لثبوت استحقاق الحرية قبله، أما لو حلف وقال: إن ملكتُ عبدًا فهو حرٌّ فاشتراه بالخيار؛ لا يعتق عنده خلافًا لهما.

ومنها: حيض المرأة في مدة الخيار لا يجزئانه عن الاستبراء لو أجاز المشتري المبيع عنده خلافًا لهما، وهو ظاهر نص الشافعي، ولو فسخ المشتري البيع وعادت إلى البائع؛ لا يجب على البائع الاستبراء عنده، وعندهما يجب إذا فسخ بعد القبض قياسًا واستحسانًا؛ لثبوت الملك وتوهم الشغل، ولو فسخ قبل القبض وجب قياسًا لحدوث الملك، ولم يجب استحسانًا لعدم تجدد الملك من قبل، وعدم توهم الشغل. كذا في جامع قاضي خان والفوائد.

وقال الشافعي: إن قلنا: إن الملك في الخيار؛ لم يعتدَّ بهذه الحِيَض من الاستبراء بعد الإجازة، وإن قلنا: إن الملك للمشتري؛ فيه وجهان: أحدهما: أنه يعتد بها من الاستبراء كما قالا، والثاني: لا يعتدُّ، وهو ظاهر نص الشافعي. كذا في كتبهم.

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

الِاستِبرَاءِ عِندَهُ، وَعِندَهُمَا يُجتَزَأُ؛ وَلَو رُدَّتْ بِحُكمِ الخِيَارِ إِلَى البَائِعِ لَا يَجِبُ عَلَيهِ الِاستِبرَاءُ عِندَهُ، وَعِندَهُمَا: يَجِبُ إِذَا رُدَّتْ بَعدَ القَبضِ. وَمِنهَا: إِذَا وَلَدَتِ المُشتَرَاةُ فِي المُدَّةِ بِالنِّكَاحِ لَا تَصِيرُ أُمَّ وَلَد لَهُ عِندَهُ خِلَافًا لَهُمَا.

وَمِنهَا: إِذَا قَبَضَ المُشتَرِي المَبِيعَ بِإِذنِ البَائِعِ، ثُمَّ أَودَعَهُ عِندَ البَائِعِ فَهَلَكَ فِي يَدِهِ فِي المُدَّةِ، هَلَكَ مِن مَالِ البَائِعِ لِارتِفَاعِ القَبضِ بِالرَّدِّ لِعَدَمِ المِلكِ عِندَهُ، وَعِندَهُمَا: مِن مَالِ المُشتَرِي لِصِحَّةِ الإِيدَاعِ بِاعتِبَارِ قِيَامِ المِلكِ.

وَمِنهَا: لَو كَانَ المُشتَرِي عَبدا مَأذُونًا لَهُ فَأَبرَأَهُ البَائِعُ مِن الثَّمَنِ فِي المُدَّةِ بَقِيَ

(ومنها: إذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح لا تصير أم ولد له عنده خلافا لهما) ولا يبطل خياره عنده خلافًا لهما، هذا [٢/ ٦٩/أ] إذا ولدت قبل القبض، فإنه ذكر في المبسوط: ولو ولدت عند المشتري ينقطع خياره؛ لأنها تعينت بالولادة[١]، وتصير أم ولده بالإجماع، فهذا دليل على أن ما ذكر في المتن مُؤوَّلٌ بما إذا كانت الولادة قبل القبض.

وعند الشافعي: تصير أم ولد له على أحد القولين.

(فهلك في يده)؛ أي: في يد البائع (في مدة الخيار) أو بعد مُضيِّها يبطل البيع ويهلك من البائع لا من المشتري؛ لأنه لما لم يملكه ارتفع قبضه بالإيداع؛ من حيث إن البائع لا يصلح مودعًا ملك نفسه، وهلاك المبيع قبل القبض يبطل البيع، وعندهما تهلك من المشتري لصحة الإيداع، فكان هلاكه في يده كهلاكه في يد المشتري.

وعند الشافعي: كما قال أبو حنيفة، إن قال: إن الملك للبائع، وإن قال: إن الملك للمشتري؛ فكما قالا.

قوله: (عبدًا مأذونًا له)؛ أي: أذن له في التجارة، فاشترى شيئًا في التجارة على أنه بالخيار، فأبرأه البائع عن الثمن قبل سقوط الخيار؛ صح الإبراء استحسانًا. وفي القياس: لا يصح إبراؤه؛ لأن الثمن لم يخرج عن ملكه، فيكون إبراء عما لا يملكه.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ٦٤).

عَلَى خِيَارِهِ عِندَهُ؛ لِأَنَّ الرَّدَّ امتِنَاعٌ عَن التَّمَلُّكِ وَالمَأذُونُ لَهُ يَلِيهِ، وَعِندَهُمَا: بَطَلَ خِيَارُهُ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا مَلَكَهُ كَانَ الرَّدُّ مِنهُ تَملِيكًا بِغَيرِ عِوَض وَهُوَ لَيسَ مِن أَهلِهِ.

وَمِنهَا: إِذَا اشتَرَى ذِمِّيٌّ مِن ذِمِّيٍّ خَمرًا عَلَى أَنَّهُ بِالخِيَارِ، ثُمَّ أَسلَمَ، بَطَلَ الخِيَارُ عِندَهُمَا؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهَا فَلَا يَملِكُ رَدَّهَا وَهُوَ مُسلِمٌ. وَعِندَهُ: يَبطُلُ البَيعُ؛ لِأَنَّهُ لَم يَملِكهَا فَلَا يَتَمَلَّكُهَا بِإِسقَاطِ الخِيَارِ بَعدَهُ وَهُوَ مُسلِمٌ.

وجه الاستحسان: أنه حصل الإبراء بعد وجود سبب الملك وهو العقد، فصار كما لو أبرأه الغاصب عن الضمان عند قيام العين، ولا يبطل خياره عنده، إن شاء أجاز البيع وأخذ المبيع بغير ثمن، وإن شاء فسخ. وعندهما: يبطل خياره؛ لأنه ملك المبيع عندهما، فلو رد على البائع لرده بغير ثمن، فيكون تبرعًا، والعبد المأذون لا يملك التبرع، فإذا امتنع الرد بطل الخيار ضرورة، وعنده لما لم يملكه كان الرد بحكم الفسخ امتناعا عن التملك، والعبد المأذون يملكه كما يملك الامتناع عن التملك.

قوله: (اشترى ذمي) إلى آخره: ذكر خيار المشتري وإسلامه؛ لأنه إذا كان الخيار للبائع وأسلم البائع؛ يبطل البيع بالإجماع.

وذكر الإمام التمرتاشي مسائل على هذا الأصل، منها: إذا اشترى مسلم من مسلم عصيرًا بالخيار، فتخمر في المدة؛ فسد البيع عنده، وعندهما تم.

ومنها: إذا كان للمشتري دارا وهو ساكنها بإجارة أو إعارة، فاستدام السكنى بعد الشرط، قال الإمام السرخسي: لا يكون اختيارا، وابتداء السكنى اختيار؛ لأن الدار لا تمتحن بالسكنى.

وقال شيخ الإسلام خواهر زاده: استدامة السكنى اختيار عندهما؛ لأنه تملك الثمن، وعنده ليس باختيار؛ لأنه بالإجارة أو الإعارة.

ومنها: حلالٌ اشترى ظبيًا بالخيار، فقبضه ثم أحرم والظبي في يده؛ ينتقض البيع عنده ويرد إلى البائع، وقالا: يلزم المشتري. ولو كان الخيار للبائع ينتقض بالإجماع. ولو كان الخيار للمشتري فأحرم البائع؛ للمشتري أن يرده.

قَالَ: (وَمَن شُرِطَ لَهُ الخِيَارُ فَلَهُ أَن يَفسَخَ فِي المُدَّةِ وَلَهُ أَن يُجِيزَ، فَإِن أَجَازَهُ بِغَيرِ حَضرَةِ صَاحِبِهَا جَازَ، وَإِن فَسَخَ لَم يَجُز، إِلَّا أَن يَكُونَ الآخَرُ حَاضِرًا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّد. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَجُوزُ(*) وَهُوَ قَولُ الشَّافِعِيِّ: وَالشَّرطُ هُوَ العِلمُ، وَإِنَّمَا كَنَّى بِالحَضرَةِ عَنهُ. لَهُ: أَنَّهُ مُسَلَّطٌ عَلَى الفَسخِ مِن جِهَةِ صَاحِبِهِ، فَلَا يُتَوَقَّفُ عَلَى عِلمِهِ كَالإِجَازَةِ، وَلِهَذَا لَا يُشتَرَطُ رِضَاهُ ....

قوله: (ومن شرط له الخيار): كلمة (من) عامة تتناول البائع والمشتري والأجنبي والكل سواء.

(وإن أجاز بغير حضرة صاحبه جاز)؛ أي: بإجماع الفقهاء.

(وإن فسخ)؛ أي: من له الخيار **(لم يجز)** وكذا الخلاف في خيار الرؤية، وهو قول مالك.

ولا خلاف في خيار العيب بأنه لا يملك، ثم الفسخ بأحد الأمرين: بالقول؛ بأن يقول: فسخت في المدة أو رددت البيع، وغيرهما مما يدل على رد البيع، وهذا الفسخ لا يجوز إلا بحضرة صاحبه، وبحضرته لا يحتاج إلى القضاء. وأما الفسخ بالفعل؛ فهو أن يتصرف في المدة تصرف الملاك كالعتق وغيره، والوطء والبيع وما أشبه ذلك؛ فإن العقد ينفسخ حكمًا، سواء كان بحضرة صاحبه أو لا. كذا في المحيط.

وفي شرح الطحاوي: يثبت الفسخ ضمنًا لجواز تصرفه لا قصدًا.

(وهو [قول][1] الشافعي) وزفر ومالك وأحمد أيضًا.

(بالحضرة عنه)؛ أي: عن العلم، يعني: أراد به العلم على [القولين؛ لأن الحضرة سبب العلم، فيكون من باب إطلاق السبب على][2] المسبب.

(له)؛ أي: لأبي يوسف **(أنه)**؛ أي: من له الخيار.

(من جهة صاحبه)؛ وهو الذي لا خيار له.

(على علمه)؛ أي: علم صاحبه **(كالإجازة)** فإن فيها لا يشترط العلم بالإجماع.

(*) الراجح: قول أبي يوسف.

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

وَصَارَ كَالوَكِيلِ بِالبَيعِ.

وَلَهُمَا: أَنَّهُ تَصَرُّفٌ فِي حَقِّ الغَيرِ وَهُوَ العَقدُ بِالرَّفعِ، وَلَا يَعرَى عَن المَضَرَّةِ؛ لِأَنَّهُ عَسَاهُ يَعتَمِدُ تَمَامَ البَيعِ السَّابِقِ، فَيَتَصَرَّفُ فِيهِ فَتَلزَمُهُ غَرَامَةُ القِيمَةِ بِالهَلَاكِ فِيمَا إِذَا كَانَ الخِيَارُ لِلبَائِعِ، أَو لَا يَطلُبُ لِسِلعَتِهِ مُشتَرِيًا فِيمَا إِذَا كَانَ الخِيَارُ لِلمُشتَرِي، وَهَذَا نَوعُ ضَرَر فَيَتَوَقَّفُ عَلَى عِلمِهِ وَصَارَ كَعَزلِ الوَكِيلِ، بِخِلَافِ الإِجَازَةِ لِأَنَّهُ لَا

(**وصار**)؛ أي: من له الخيار (**كالوكيل**) فإن للوكيل أن يتصرف فيما وُكِّلَ به وإن كان الموكل غائبًا؛ لأنه مسلط على البيع من جهته، فكذا هاهنا.

(**ولهما: أنه**)؛ أي: الفسخ (**تصرف**) ممن له الخيار (**في حق الغير**) وهو من ليس له الخيار (**وهو**)؛ أي: الحق (**العقد بالرفع**)؛ أي: يرفعه (**وهو**)؛ أي: الفسخ (**لا يعرى**)؛ أي: لا يخلو (**عن المضرة لأنه**)؛ أي: الغير الذي ليس له الخيار.

(**كعزل الوكيل**)؛ يعني: بالفسخ يلزم حقًا غيره، فلا يثبت تصرفه في حق غيره ما لم يعلم به، كالوكيل إذا عزل نفسه قصدًا حال غيبته؛ لا يثبت حكم عزله ما لم يعلم به؛ كيلا يتضرر بلزوم الثمن فيما إذا كان وكيلًا بالشراء، ويبطلان قوله فيما إذا كان وكيلًا بالبيع. كذا في الأسرار.[٢/ ٦٩/ ب]

تشريحه أن العقد ينعقد مع الخيار، وبالفسخ يرتفع الانعقاد في حق الآخر، وتأثيره: أن صاحبه لا يتمكن من العمل بموجب الفسخ إذا لم يعلم به، كما في خطابات الشرع، مع أن الفسخ لا يعرى عن المضرة؛ لأن الغير الذي ليس له الخيار إن كان بائعًا؛ لا يطلب لسلعته مشتريًا آخر اتكالًا على تمام البيع بانقضاء المدة، فيتضرر ولم يصل إلى مرامه من ثمن السلعة، وهذا ضرر يلحقه بتصرف المشتري بدون علمه، والمشتري وإن كان يتضرر بامتناع الفسخ ولكن هذا ضرر يلحقه لا من جهة البائع، بل لعجز المشتري عن اتحاد صحة الفسخ، وإن كان من ليس له الخيار مشتريا والخيار للبائع، وتصرف المشتري بعد المدة بناء على أنه لزم البيع بمضيها، والحال أنه قد فسخ البائع البيع قبل مضيها من غير علم المشتري؛ يجب على المشتري القيمة حينئذ على تقدير الهلاك، ومن الجائز أن تكون القيمة أكثر من الثمن، فيتضرر بلزوم زيادة قيمة لم يلزمها.

إِلزَامَ فِيهِ، وَلَا نَقُولُ إِنَّهُ مُسَلَّطٌ، ....

فإن قيل: لو لم ينفرد من له الخيار بالفسخ يتضرر هو أيضًا؛ لأنه يمكن أن يخفي الذي ليس له الخيار شخصه حتى تمضي المدة فيلزم العقد، شاء من له الخيار أو أبى، فيتضرر بلزوم البيع.

قلنا: هذا الضرر إنما لزمه من جانبه بتقصيره بأخذ الكفيل لا من صاحبه، فكان ضررًا مرضيًّا، بخلاف ما نحن فيه. وفيه نوع تأمل.

وقيل: لا يخفى نفسه ظاهرا لأنه أمين، حيث أثبت الخيار لصاحبه، على أنا نقول: إذا اختفى من ليس له الخيار؛ يلزم الضرر على صاحب الخيار بعجزه عن إحضاره لا بالإخفاء.

قوله: (ولا نقول بأنه)؛ أي: من له الخيار **(مسلط)** وكيف يقال ذلك وصاحبه ـ وهو الذي لا خيار له ـ لا يملك الفسخ للزوم العقد من جانبه، فكيف يملك تسليطه عليه، وإنما يتمكن من له الخيار من الفسخ؛ لأن العقد غير لازم في حقه، وبانتفاء وصف اللزوم يتمكن من الفسخ بغير رضا صاحبه، لا بغير علمه، كما في الوكالة والمضاربات والشركات، وبهذا الحرف يتحقق الفرق بين هذا وبين الوكيل بالبيع؛ لأن الوكيل بالبيع مسلط على التصرف من الموكل؛ لأن الموكل يملك التصرف فيه بنفسه. إليه أشير في المبسوط، والفوائد الظهيرية، والإيضاح.

وأما الإجارة فلا إلزام فيها؛ إذ العقد لازم من طرف من ليس له الخيار.

فإن قيل: دلت المسائل على أن التصرف والتزام الحكم في حق الغير بدون علمه جائز، منها خيار المخيرة؛ فإنها تختار نفسها بدون علم الزوج، فينفذ ذلك عليه، ومنها الرجعة؛ فإنه ينفرد الزوج به، ويلزم حكم الرجعة عليها بدون علمها، ومنها الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص؛ فإن حكم التصرفات يلزم بدون علم صاحبها، ومنها خيار الأمة المعتقة؛ حيث يصح اختيارها الفرقة بدون علم زوجها، ومنها خيار المالك في بيع الفضولي بدون علم المتعاقدين، ومنها العدة؛ فإنها تلزم على المرأة بدون علمها، فما الفرق بينها وبين مسألة الكتاب؟

قلنا: أما الجواب عن الأول؛ فإن لزوم حكم الطلاق على الزوج بإيجابه

وَكَيفَ يُقَالُ ذَلِكَ وَصَاحِبُهُ لَا يَملِكُ الفَسخَ وَلَا تَسلِيطَ فِي غَيرِ مَا يَملِكُهُ المُسَلَّطُ، وَلَو كَانَ فَسَخَ فِي حَالِ غَيبَةِ صَاحِبِهِ وَبَلَغَهُ فِي المُدَّةِ تَمَّ الفَسخُ لِحُصُولِ العِلمِ بِهِ، وَلَو بَلَغَهُ بَعدَ مُضِيِّ المُدَّةِ ....

وهو التخيير، وذلك فوق الرضا والعلم، فكان بمنزلة ما يلزم الموكل بتصرف الوكيل، فأما هاهنا فلا إيجاب من جانب من ليس له الخيار، فبطل التسليط وصار كعزل الوكيل، فيتوقف على العلم.

وأما عن الرجعة؛ فإن الزوج بها لا يلزمها حكمًا جديدًا؛ لأن الطلاق الرجعي لا يرفع النكاح، وإنما يثبت البينونة عند انقضاء العدة بشرط عدم الردة من الزوج في مدة الرجعة، والمعلق بالشرط معدوم قبل وجوده، وكلامنا في إلزام الحكم الذي لم يكن قبل الإلزام.

وأما عن الطلاق ونحوه؛ فإنه من الإسقاطات فلا يلزم شيء من أسقطه عنه، كإسقاط الحمل عن الدابة لا يكون إلزامًا عليها، إنما اللزوم في جانب من أسقط بأن ذهب ملكه، وكلامنا في الحكم الذي يلزم على الغير.

وأما خيار المعتقة فإنها لا رواية فيها، وعلى تقدير التسليم أن الخيار لها يثبت بكثرة بتخيير الشرع إياها؛ لأن للشرع ولاية عليها.

وأما مسألة بيع الفضولي، فإن العقد في حق المالك لا يوجد؛ لأنه ليس للمتعاقدين ولاية على المالك، فإذا رد فقد أعدم شرط الثبوت، فانعدم أصلًا في حقه فارتفع الانعقاد حكمًا.

وأما العدة فإنها لا تجب بالطلاق قبل الدخول، بل الطلاق يقطع الملك، إلا أنه لم يقدر على قطع الملك لحقه، فبقي الحق إلى حين، فكان لزوم العدة عليها في ضمن إقدار الله تعالى للزوج على قطع ملكه بالطلاق قبل الدخول، فكان [٢/ ٧٠/أ] الاعتبار للمتضمن، وأما هاهنا فليس جواز الفسخ له بتسليط صاحبه لما ذكرنا، بل يثبت ابتداء باعتبار أن العقد غير لازم في جانبه، فيتوقف على علم صاحبه، كما في عزل الوكيل وفسخ عقد الشركة والمضاربة. هذا كله مما أشير إليه في الأسرار.

ثم لا بد من معرفة أسباب نفوذ هذا العقد وفسخه في فصول الخيار:

....

في المحيط: إذا كان الخيار للبائع؛ ينفذ بإجازته وبموته، وبمضي المدة قبل الفسخ، وبالإغماء والجنون وإن أفاق في المدة.

قال الإسْبِيجابي: الأصح: أنه على خياره، فلو سكر من الخمر لم يبطل خياره، بخلاف السكر من البنج. ولو ارتد فعلى خياره إجماعا، فلو تصرف بحكم خياره يتوقف عند أبي حنيفة، خلافا لهما.

أما الفسخ إما بالقول أو بالفعل؛ وهو أن يتصرف البائع تصرف الملاك في مدة الخيار، كما إذا أعتقه أو دبره أو كاتبه أو علق فيها فوجد الشرط، أو باعه من غيره أو وهبه وسلمه، أو رهن أو آجر وإن لم يُسَلِّم على الأصح، وهذه التصرفات فسخ بغير علم المشتري إجماعًا، إلا رواية عن محمد.

وقبض الثمن من البائع ليس بإجازة، وكذا هبته وإنفاقه، إلا إذا استند له لغيره كالدراهم والدنانير. ولو باع جارية بعبد على أنه بالخيار في الجارية، فهبته العبد أو عرضه على البيع ليس بفسخ على الأصح، ولو أبرأه من الثمن أو اشترى منه به شيئًا أو مساومة به؛ فهو إجارة. ولو توارى المشتري في مدة الخيار بعث إليه القاضي من يعرفه، فإن ظهر وإلا أبطله، إلا أن يجيء في المدة. وإن قال الخصم: إني أعدوك إليه وأشهدتُ فتوارى، يقول القاضي: اشهدوا أنه زعم أنه أعدى إلى صاحبه في المدة كل يوم واختفى منه، فإن كان الأمر كما زعم فقد أبطلت عليه الخيار، فإن ظهر وأنكر فعلى المدعي البينة بالخيار والإعذار، وإذا كان الخيار للمشتري فنفاذه بما ذكرنا من الأمور في حق البائع، وبالتصرف تصرف الملاك.

والأصل فيه: أن المشتري متى باشر فيه فعلا يحتاج إليه للامتحان، ويحل في غير الملك بحال؛ لا يبطل خياره، وإلا فيبطل. فالوطء إجازة والاستخدام لا، والاستخدام ثانيا إجازة إلا إذا كان في نوع آخر، والركوب امتحانًا ليس بإجازة وثانيًا إجازة، وكذا لو ركبها لحاجة أو سفر أو حمل عليها إلّا علفها عند محمد، والركوب للرد والسقي والإعلاف إجازة، وقيل: إن لم يمكنه بدون الركوب فلا يكون إجازة كما في خيار العيب. ولو أمر الغلام بحمل شيء أو

....

حلق رأسه أو غسله، أو الجارية بالمشط والدهن واللبس فليس برضا، ولو كان المُشْترَى كتابا فنسخ منه لنفسه أو لغيره لا يبطل خياره، وإن قلب الأوراق بالدرس منه يبطل خياره، وقيل: على عكسه، وبه أخذ أبو الليث. وطلب الشفعة بالدار المشتراة رضًا بها، خلاف خيار الرؤية والعيب.

ولو اشتريا غلامًا بالخيار فرضي أحدهما؛ لا رد للآخر. وقالا: له رد نصيبه. ولو كان الخيار لهما فمات أحدهما لزم البيع من جهته، والآخر على خياره. ولو قال البائع بحضور المشتري: أجزته، ثم قال المشتري: قد فسخته بمحضره انفسخ، فإن هلك في يد المشتري فعليه الثمن، وإن بدأ المشتري بالفسخ ثم البائع بالإجازة ثم هلك؛ فعلى المشتري قيمته، ولو تناقضا العقد ثم هلك المبيع في يد المشتري قبل الرد؛ يبطل حكم الفسخ. الكل من المجتبى.

وفي الإيضاح: التقبيل بشهوة والمباشرة بشهوة من البائع نقض، ولو فعل المشتري يكون إجازة، ولو نظر إلى الفرج بغير شهوة لم يكن إجازة؛ لأن ذلك لا يتوقف على الملك، فإنه يحل للطبيب والقابلة النظر إليه. ولو قبلت الأمة بشهوة لزم العقد في قول أبي حنيفة، وكذلك في خيار الرؤية والعيب، وكذا المطلقة إذا فعلت ذلك كان رجعة، وهو رواية أبي يوسف. وعنه: أنها إذا فعلت اختلاسا وهو كاره؛ لم تكن رجعة ولا اختيارا في البيع.

وقال محمد: لا يكون فعلها البتة إجازة للبيع؛ لأن شرط الخيار ليختار هو لا لتختار عليه.

ولأبي حنيفة: أن حرمة المصاهرة تثبت بهذه الأشياء، فكانت ملحقة بالوطء والفعل، فإن الوطء للرجل، فصارت هذه الأشياء من حيث إنها ملحقة بالوطء والفعل، فإن الوطء كالمضاف إلى الرجل. وأما المباضعة مكرهًا [٢/ ٧٠/ ب] كان أو مطاوعًا اختيار، أما عند أبي حنيفة فظاهر، وأما عند محمد؛ فلأن الوطء ينتقض؛ ألا ترى أنه لو وجد من غير المشتري يمتنع الرد.

فأما في المباشرة إذا ابتدأت والزوج كاره، ثم تركها وهو يقدر على

تَمَّ العَقدُ بِمُضِيِّ المُدَّةِ قَبلَ الفَسخِ.

قَالَ: (وَإِذَا مَاتَ مَن لَهُ الخِيَارُ بَطَلَ خِيَارُهُ وَلَم يَنتَقِل إِلَى وَرَثَتِهِ) وَقَالَ

الامتناع؛ فهو رجعة واختيار للبيع؛ لأن البقاء عليه كالابتداء، ولو قبلها المشتري ويقول قبلتها بغير شهوة؛ فالقول قوله؛ لأنه يتكر سقوط الخيار. وكذا قال أبو حنيفة في الأمة إذا قبلته بغير شهوة، وإنما يلزم العقد إذا أقر المشتري أنها فعلت بشهوة؛ لأن الحكم يلزم المشتري، فيتوقف على إقراره بما يسقط الخيار، ولو حدث به عيب في خيار المشتري بطل خياره، سواء حدث بفعل البائع أو بغير فعله، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمد: لا يلزمه العقد بجناية البائع؛ لأن البائع لا يقدر على إلزام البيع، ومتى قلنا بأنه يلزم بجنايته سلطانه على إلزام العقد، فتفوت فائدة شرط الخيار للمشتري، بخلاف ما إذا كان من أجنبي؛ لأن لزومه لا من قبله.

ولهما: أن ما انتقص بفعل البائع في ضمان يلزم العقد في ذلك القدر الذي تلف في ضمانه، وتقدرت عليه حصته من الثمن، فمتى رد الباقي كان تفريقا للصفقة على البائع قبل التمام في حق الرد، وهذا لا يجوز كما فعل الأجنبي، وإذا ثبت هذا يرجع على البائع بالأرش. ولو كان الخيار للبائع وحدث به عيب فهو على خياره؛ لأن ما انتقص بغير فعله فهو غير مضمون على البائع، ولهذا لو سقطت أطرافه لم يسقط شيء من الثمن، لكنه يتخير المشتري، فكذا هاهنا يبقى البائع على خياره. ولو حدث بفعل البائع انتقض البيع؛ لأن ما انتقص مضمون عليه، ويسقط حصته من الثمن، فلو أبقينا الخيار لتفرقت الصفقة على المشتري. ولو قصَّ حوافر الدابة أو أخذ من عرفها لم يكن ذلك رضًا، ولو ذبحها أو بزغها فهو رضًا، ولو حلبها أو شرب لبنها فهو رضًا، ولو سقى حرثا في الأرض أو حصده أو قصل منه شيئًا فهو رضًا، ولو سقى من نهر دوابه أو شرب هو فليس برضًا، ولو طحن في الرحى فهو رضا.

(تم العقد)؛ أي: عندهما، خلافًا لأبي يوسف ومن معه.

قوله: (وإذا مات من له الخيار): وهذا بعمومه يتناول البائع والمشتري وغيرهما جمعًا وتفرقًا.

الشَّافِعِيُّ: يُورَثُ عَنهُ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ لَازِمٌ ثَابِتٌ فِي البَيعِ، فَيَجرِي فِيهِ الإِرثُ كَخِيَارِ العَيبِ وَالتَّعيِينِ. وَلَنَا: أَنَّ الخِيَارَ لَيسَ إِلَّا مَشِيئَةً وَإِرَادَةً وَلَا يُتَصَوَّرُ انتِقَالُهُ، وَالإِرثُ فِيمَا يَقبَلُ الِانتِقَالَ.

وقيد بموت من له الخيار؛ لأنه بموت من عليه الخيار لا يبطل بالإجماع، ثم لما بطل الخيار يلزم البيع. كذا في المبسوط[١].

وقال الشافعي ـ وبه قال مالك ـ: يورث عنه. ذكره في المشاهير من كتبه.

وفي المنظومة: أنه إذا مات قبل الإجارة ينفسخ البيع عنده.

(لأنه)؛ أي: الخيار (حق لازم) حتى إن صاحبه لا يملك إبطاله، وإنما قال حق؛ لأن حق الإنسان ما يتولى إثباته وإسقاطه، والخيار بهذه المثابة.

(والتعيين)؛ أي: خيار التعيين، أي: تعيين المبيع، كما إذا اشترى ثوبين على أنه بالخيار يأخذ أيهما شاء، وخيار الرؤية على أصلكم. كذا في الأسرار.

قوله: (مشيئة) نصب على أنها بدل ثمن [من][٢] خبر ليس، أي: ليس الخيار شيئًا إلا مشيئة وإرادة.

قيل في الفرق بين المشيئة والإرادة: أن المشيئة تستلزم الوجود، والإرادة لا تستلزم؛ لأن الإرادةَ طلبٌ لغة، ولكن في حق الله تعالى هما بمعنى واحد، وقد مر هذا البحث في الطلاق، في قوله: (إن شئتِ فأنتِ طالق).

وفي الأسرار: إنما قلنا: إن الخيار مشيئة؛ لأن تفسير الشاري أن يكون فاعلًا عن ملك واختيار لا عن أمر وإجبار[٣]، وهو تفسير الخيار.

(انتقاله)؛ أي: انتقال الخيار؛ لأن مشيئة الإنسان صفته، والصفة لا تنتقل إلى غيره بل تنقطع بموته؛ لأنها لا تتصور بدون الموصوف، وإنما يورث ما يحتمل الانتقال لا ما لا يحتمل الانتقال، كملكه في منكوحته وأم ولده، وكذا العقد لا ينتقل إلى الوارث؛ لأنه إنما يورث ما كان قائما، والعقد قول قد مضى، فلا يتصور انتقاله، وإنما يملك الوارث الإقالة لقيامه مقام المورث في

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ٤٢).
(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٣) في الأصل: (اختيار) والمثبت من النسخة الثانية.

....

ملكه، فإن الملك يثبت ولاية الإقالة؛ ألا ترى أن إقالة الموكل مع البائع صحيحة، والعاقد هو الوكيل. كذا في المبسوط[١]، والأسرار.

وفي الإيضاح: الخيار صفة العاقد، وتأثيره في استيفاء حكم العقد، فأوجب تعليقه، ونفس العقد لا يقبل التعليق، وحكمه وهو الملك يقبل، فتخير في حكمه، كما كان مُخيَّراً في الابتداء بين إيجاد العقد وعدمه، فكان هذا هو الخيرة الأصلية، والإرث لا يجري فيه، فبطل الخيار.

فإن قيل: ما ذكرتم منقوض بتوريث الأعيان؛ فإن المالكية في الأعيان صفة لمالكها وهي التمكن من التصرفات ينتقل إلى الوارث مع أنها صفة[٢].

قلنا: تنتقل العين، وفي ضمن انتقالها يثبت الملك للوارث ابتداء، لا أن مالكية المورث تنتقل إليه.

فإن [٢/ ٧١/أ] قيل: لم لا يجوز أن يكون الخيار كذلك؛ بأن ينتقل المبيع أولًا وفي ضمن انتقاله ينتقل الخيار؟

قلنا: ليس من لوازم البيع الخيار، بل الأصل عدم الخيار، فلا يلزم من انتقاله انتقال الخيار، وأما المملوكية فلا تتصور بدون المالك، فمن ضرورتها تنتقل المالكية.

فإن قيل: قد ينتقل الحق إلى الوارث بدون انتقال المحل.

قلنا: لا نسلم أنه ينتقل، بل يثبت للوارث ابتداء ليشفي صدره.

فإن قيل: قد قال ﷺ: «**مَنْ تَرَكَ مالًا وَحقًّا فَلِوَرَثَتِهِ**»[٣] ذكر في الأسرار: والخيار حق فيجب أن يورث.

قلنا: المراد من الحق هنا ما يقبل الانتقال كخيار العيب والتعيين، بدليل ما ذكرنا دفعًا للتناقض. كذا في الفوائد الحميدية.

وفي الأسرار: فإن قيل: لم لا يجوز أن ينتقل أثر الخيار وهو عدم زوال

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ٤٣).

(٢) في الأصل: (صفقة) والمثبت من النسخة الثانية.

(٣) أخرجه البخاري (٣/ ٩٧ برقم ٢٢٩٨) ومسلم (٣/ ١٢٣٧ برقم ١٦١٩) بدون لفظة: «وحقًا» من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

بِخِلَافِ خِيَارِ العَيبِ؛ لِأَنَّ المُوَرِّثَ استَحَقَّ المَبِيعِ سَلِيمًا فَكَذَا الوَارِثُ، فَأَمَّا نَفسُ الخِيَارِ لَا يُوَرَّثُ، وَأَمَّا خِيَارُ التَّعيِينِ يَثبُتُ لِلوَارِثِ ابتِدَاءً لِاختِلَاطِ مِلكِهِ بِمِلكِ الغَيرِ لَا أَن يُوَرَّثَ الخِيَارُ.

المبيع عن ملكه وعدم لزوم العقد، حتى يرى فيه رأيًا، إن رأى غبطة أمضاه، وإن رأى عيباً رده، فالوارث يقوم مقامه في هذا المعنى؛ لأن المبيع قائم في يده والعقد قائم.

قلنا: أثر الخيار إبقاء الحكم على العدم كما ذكرنا بعد وجود السبب، حتى يتأمل فيه إلى مدة معلومة، ويمضيه إن رأى المصلحة فيه وإلا رده، فإذا مات ذهب رأيه فعمل السبب. كذا في شرح القدوري.

قوله: (بخلاف خيار العيب): في المبسوط: فأما خيار العيب فلا نقول بأنه يورث، ولكن سبب الخيار يتحقق في حق الوارث؛ وهو استحقاق المطالبة بتسليم الجزء الفائت؛ لأن ذلك الجزء من المال مستحق للمشتري بالعقد، فإذا طالب البائع بتسليمه وعجز عن التسليم؛ فسخ العقد لأجله، وقد وجد المعنى في حق الوارث؛ لأنه يخلف المشتري في ملك ذلك الجزء، ألا ترى أن الخيار ثابتٌ ابتداءً للوارث، وإن لم يكن ثابتًا للمورث بأن تعيب المبيع في يد البائع بعد موت المشتري قبل أن يقبضه الوارث، بخلاف خيار الشرط [لأن السبب وهو الشرط][1] لا يوجد في حق الوارث، ولا يمكن التوريث فيه[2].

وفي تعليقات البرغري: خيار الشرط يثبت ابتداء للوارث، بدليل أنه لو مات المورث ولا خيار له، بأن كان المبيع سليمًا ثم تعيب بعد موته عند البائع؛ يثبت الخيار للوارث، فلو كان ثبوت الخيار بطريق الإرث لما ثبت هاهنا؛ لأنه لم يكن للمورث خيار عند الموت حتى ينتقل، وإنما قلنا: إن الخيار يثبت للوارث؛ لأن المشتري استحق المبيع سليمًا، فكذا من قام مقامه في استحقاق ذلك الجزء، فمتى لم يسلم يثبت له الخيار ابتداء لوجود علته.

(لاختلاط ملكه)؛ يعني: الخيار هاهنا يحصل في ضمن اختلاط الملكين: ملك البائع وملك المشتري.

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية. (٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ٤٣).

قَالَ: (وَمَن اشتَرَى شَيئا وَشَرَطَ الخِيَارَ لِغَيرِهِ فَأَيُّهُمَا أَجَازَ جاز وَأَيُّهُمَا نَقَضَ انتَقَضَ) وَأَصلُ هَذَا: أَنَّ اشتِرَاطَ الخِيَارِ لِغَيرِهِ جَائِزٌ استِحسَانًا، وَفِي القِيَاسِ: لَا يَجُوزُ وَهُوَ قَولُ زُفَرَ؛ لِأَنَّ الخِيَارَ مِن مَوَاجِبِ العَقدِ وَأَحكَامِهِ، فَلَا يَجُوزُ اشتِرَاطُهُ لِغَيرِهِ كَاشتِرَاطِ الثَّمَنِ عَلَى غَيرِ المُشتَرِي.

فإن قيل: الاختلاط مشترك، فلماذا يثبت الخيار للوارث دون البائع.

قلنا: حق المورث المختار من اثنين أو الثلاثة، فكذا حق الوارث، يعني: مورثه ملك أحدهما على وجه يكون له ولاية التمييز والتعيين بالشرط، فيملكه الوارث كذلك، بخلاف البائع حيث لا يكون له الملك في أحدهما بهذه الصفة، وصار هذا كفصل استحقاق المبيع سليمًا. كذا في الفوائد الظهيرية.

قوله: (ومن اشترى وشرط الخيار لغيره) إلى آخره.

فإن قيل: قوله **(فأيهما أجاز)** إلى آخره جملة استفهامية، لا تصلح خبرا للمبتدإ وهو قوله: (ومن اشترى) فبقي المبتدأ بلا خبر.

قلنا: في المبتدأ معنيان: أحدهما: الابتداء، والثاني: الشرطية، فيقتضي الخبر والجزاء، والجزاء هنا وقع موقع الخبر، فيكون الخبر محذوفًا وهو **قوله: (جاز)** ويتحقق هذا المعنى في ضمن الجزاء؛ لأنه لما جاز بالإجازة لا بد وأن يكون الاشتراط للغير جائز، كما في قوله تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُوا۟﴾ [النور: ٢] وقوله: ﴿فَٱجْلِدُوا۟﴾ لا يصلح خبرًا؛ لكونه طلبيًّا، وفي ضمنه خبره وهو وجوب الجلد المستفاد منه، فكان تقديره: الزانية والزاني يجب عليهما الحد فاجْلِدُوا. كذا في بعض الفوائد.

والمراد من الغير هاهنا: غير العاقدين حتى يأتي خلاف زفر. وبقولنا: قال الشافعي في الأصح ومالك وأحمد، ولكن للشافعي فيه وجهان: أحدهما: أنه يصح للغير وحده، والثاني: يثبت له مع العاقد. وقال الشافعي في قول: لا يجوز كقول زفر، وفي فساد البيع له وجهان: في وجه: يفسد البيع أيضًا، وفي وجه: البيع صحيح والشرط فاسد، كاشتراط الثمن، واشتراط ملك المبيع لغير المشتري، أو تسليم الثمن أو المبيع على غير العاقدين.

وَلَنَا: أَنَّ الخِيَارَ لِغَيرِ العَاقِدِ لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِطَرِيقِ النِّيَابَةِ عَن العَاقِدِ، فَيُقَدَّرُ الخِيَارُ لَهُ اقتِضَاءً، ثُمَّ يُجعَلُ هُوَ نَائِبًا عَنهُ تَصحِيحًا لِتَصَرُّفِهِ، ....

ولأن هذا تعليق انفساخ العقد وانبرامه بفعل الغير، والمبيع لا يحتمل ذلك، واعتبر خيار الشرط بخيار العيب [٢/ ٧١/ ب] والرؤية؛ فإن ذلك لا يثبت لغير العاقد، فكذا هذا. كذا في المبسوط[١].

وجه الاستحسان: أن الحاجة قد تدعو إلى اشتراط الخيار للأجنبي؛ لكونه أعرف بالمبيع أو بالعقد، فكان اشتراطه له اشتراطًا للعاقد معنى، فيثبت للغير بطريق النيابة عن العاقد، فيقدم ثبوت الخيار للعاقد اقتضاء.

(ثم يجعل هو)؛ أي: الغير **(نائبا عن العاقد تصحيحًا لتصرف العاقد)** وزفر لا يقول بالاقتضاء.

فإن قيل: لو كان بطريق النيابة ينبغي أن يكون خيار العاقد أقوى وخيار الغير أضعف، فكيف يثبت الأقوى مقتضى الأضعف؟ كما لا يثبت الحرية في قوله لعبده: كَفِّر يمينك بالمال؛ لأن الحرية أصل، فلا يثبت بطريق الاقتضاء.

قلنا: الأصالة تثبت لغير العاقد هنا بوجه آخر؛ وذلك أن خيار الشرط من قبيل الألفاظ، بحيث لا يثبت بدون اللفظ، وغير العاقد أصل في هذا اللفظ؛ لأنه يثبت له الخيار باللفظ قصدًا، أما الحرية ليست من خواص اللفظ؛ لأن الأصل في بني آدم الحرية، ويثبت في شراء القريب بدون اللفظ، فلا يكون جهة التبعية موجودة في الحرية، وهاهنا المنوب تبع لفظًا، والخيار أصل من حيث اللفظ، فيثبت بطريق الاقتضاء. كذا في بعض الفوائد، وفيه نوع تأمل.

فإن قيل: شرط وجوب الثمن على الأجنبي ينبغي أن يصح بطريق الكفالة؛ بأن يجب الثمن على العاقد أولًا ثم على الأجنبي بطريق الكفالة.

قلنا: هذا لا يصح؛ لأن الدين لا يجب على الكفيل في الصحيح، بل هو في ذمة الأصيل، والكفالة التزام المطالبة، والمذكور هاهنا الثمن على الأجنبي، وثبوت المقتضى لتصحيح المقتضى، والكفالة لو صحت بطريق الاقتضاء لكان مبطلًا للمقتضى، فيعود على موضوعه بالنقض. كذا في الخبازية.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ٤٧).

وَعِندَ ذَلِكَ يَكُونُ لِكُلِّ وَاحِد مِنهُمَا الخِيَارُ، فَأَيُّهُمَا أَجَازَ جَازَ، وَأَيُّهُمَا نَقَضَ انتَقَضَ (وَلَو أَجَازَ أَحَدُهُمَا وَفَسَخَ الآخَرُ يُعتَبَرُ السَّابِقُ) لِوُجُودِهِ فِي زَمَان لَا يُزَاحِمُهُ فِيهِ غَيرُهُ، وَلَو خَرَجَ الكَلَامَانِ مِنهُمَا مَعا يُعتَبَرُ تَصَرُّفُ العَاقِدِ فِي رِوَايَة، وَتَصَرُّفُ الفَاسِخِ فِي أُخرَى. وَجهُ الأَوَّلِ: أَنَّ تَصَرُّفَ العَاقِدِ أَقوَى؛ لِأَنَّ النَّائِبَ يَستَفِيدُ الوِلَايَةَ مِنهُ.

(وعند ذلك)؛ أي: عند ثبوت الخيار لهما يعتبر السابق عندنا. وعند الشافعي: يعتبر الفسخ في جميع الصور.

(في رواية)؛ أي: في رواية كتاب بيوع المبسوط.

(في أخرى)؛ أي: في رواية أخرى؛ وهي رواية ما دون المبسوط.

(منه)؛ أي: من العاقد.

فإن قيل: يشكل هذا بما إذا وكل رجل رجلًا بطلاق امرأته للسنة، فطلقها الوكيل والموكل معًا، فالواقع طلاق أحدهما لا على التعيين.

قلنا: الوكيل في باب الطلاق سفير كما في النكاح، بدليل أن الحالف بالطلاق يحنث بفعل كل واحد منهما، فكان الصادر عن كل واحد منهما صادرا عن أصالة، بخلاف الوكيل بالبيع، والمفسوخ تلحقه الإجازة.

فإن قيل: لا نسلم أن المفسوخ لا تلحقه الإجازة؛ فإنه ذكر في المبسوط: أن الفسخ بحكم الخيار محتمل للفسخ في نفسه، حتى لو تراضيا على فسخ الفسخ وعلى إعادة العقد بينهما[1]، وفسخ الفسخ ليس إلا هو إجازة البيع في المفسوخ.

قلنا: هذا لا يلزم؛ لأنا قلنا: إن الإجازة لا ترد على المنتقض، ولا إجازة فيما ذكرتم، بل هو بيع ابتداء. كذا في الفوائد الظهيرية.

وذكر الإمام قاضي خان: والصحيح ما ذكر في ما دون المبسوط؛ لأن النقض أقوى من الإجازة، فإن النقض يرد على الإجازة، والإجازة لا تردّ على

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ٤٩).

وَجهُ الثَّانِي: أَنَّ الفَسخَ أَقوَى؛ لِأَنَّ المَجَازَ يَلحَقُهُ الفَسخُ وَالمَفسُوخُ لَا تَلحَقُهُ الإِجَازَةُ، وَلَمَّا مَلَكَ كُلٌّ وَاحِد مِنهُمَا التَّصَرُّفَ رَجَّحنا بِحَالِ التَّصَرُّفِ. وَقِيلَ: الأَوَّلُ قَولُ مُحَمَّد، وَالثَّانِي: قَولُ أَبِي يُوسُفَ، وَاستِخرَاجُ ذَلِكَ مِمَّا إِذَا بَاعَ الوَكِيلُ مِن رَجُل وَالمُوَكِّلُ مِن غَيرِهِ مَعًا؛ فَمُحَمَّدٌ يَعتَبِرُ فِيهِ تَصَرُّفَ المُوَكِّلِ، وَأَبُو يُوسُفَ يَعتَبِرُهُمَا.

النقض، كنكاح الحرة مع الأمة إذا اجتمعا؛ يصح نكاح الحرة؛ لأنه يرد على نكاح الأمة من غير عكس.

وفي المبسوط: والأصح: أن الفسخ أولى؛ لأن الخيار مشروط للفسخ لا للإجازة، والفاسخ هاهنا يتصرف بحكم الخيار تصرفًا شرع الخيار لأجله، فكان تصرفه أولى[١].

(**يعتبرهما**)؛ أي: تصرف الوكيل والموكل، ويجعل العبد مشتركا بينهما بالنصف.

وفي المبسوط: هذا إذا كان العبد في يد الوكيل أو الموكل، ولو كان في يد أحد المشتريين يرجح جانبه؛ لأنه يستدل به على سبق شرائه[٢].

فإن قيل: لما اعتبر أبو يوسف تصرفهما، كيف يستخرج من ذلك أن تصرف الفسخ أولى عنده في مسألتنا.

قلنا: يعلم من ذلك أنه لم يرجح تصرف المالك كما رجحه محمد، فلما لم يرجح تصرف المالك لمالكيته، والحال أن الرجحان هنا ثابت لتصرف الفسخ في نفسه لما ذكرنا، فيكون الفسخ أولى.

وفي بعض الشروح: فإن قيل: الإجازة توجب الحرمة والفسخ الحل، فكانت الإجازة أولى.

قلنا: إن الإجازة تأثيرها في إثبات الحرمة، والفسخ تأثيره مع إبقاء الحل، وكان الإبقاء أولى؛ لأن الإبقاء مع الشك أخف من الإثبات مع الشك؛ إذ الشيء يبقى مع الشك ولا يثبت مع الشك، فكان اعتبار الفسخ أولى.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ٤٩).
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٩/ ٥١).

قَالَ: (وَمَن بَاعَ عَبدَينِ بِأَلفِ دِرهَم عَلَى أَنَّهُ بِالخِيَارِ فِي أَحَدِهِمَا ثَلَاثَةَ أَيَّام فَالبَيعُ فَاسِدٌ، وَإِن بَاعَ كُلَّ وَاحِد مِنهُمَا بِخَمسِمِائَة عَلَى أَنَّهُ بِالخِيَارِ فِي أَحَدِهِمَا بِعَينِهِ جَازَ البَيعُ) وَالمَسأَلَةُ عَلَى أَربَعَةِ أَوجُه: أَحَدُهَا: أَن لَا يُفَصِّلَ الثَّمَنَ وَلَا يُعَيِّنَ الَّذِي فِيهِ الخِيَارُ، وَهُوَ الوَجهُ الأَوَّلُ فِي الكِتَابِ، وَفَسَادُهُ لِجَهَالَةِ الثَّمَنِ وَالمَبِيعِ؛ لِأَنَّ الَّذِي فِيهِ الخِيَارُ كَالخَارِجِ عَنِ العَقدِ، إذ العَقدُ مَعَ الخِيَارِ لَا يَنعَقِدُ فِي حَقِّ الحُكمِ فَبَقِيَ الدَّاخِلُ فِيهِ أَحَدُهُمَا وَهُوَ غَيرُ مَعلُوم.

وصورة البيع المجاز: إذا اشترى وشرط الخيار لنفسه، ثم أجاز البيع [٢/٧٢/أ] فهلك المبيع في يد البائع؛ فيفسخ البيع ولا يجب الثمن، فهاهنا يرد الفسخ على المجاز.

وصورة المفسوخ لا تلحقه الإجازة: إذا اشترى شيئًا بشرط الخيار، فهلك المبيع في يد البائع، ثم أجاز المشتري لا عبرة لإجازته؛ لأن هلاك المبيع يوجب فسخ العقد، فلا أثر للإجازة بعده.

وفي المجتبى: ولو صدرا معًا فالفسخ أولى عند أبي يوسف، وعند محمد: تصرف العاقد أولى، نقضًا كان أو إجازة. وقيل: الترجيح قول أبي حنيفة. وعند محمد: يصح في النصف وينفسخ في النصف، لكن لصاحبه الخيار بتفرق الصفقة عليه.

ولو أمر رجلًا ببيع عبده على أن يشترط الخيار له ثلاثة أيام، فباعه مطلقًا لم يجز. ولو أمره مطلقًا فباعه بشرط الخيار للآمر أو الأجنبي صح. ولو أمره بشرط الخيار للمأمور أو لنفسه أو للآمر أو للثالث صح. ولو وكله بالشراء توكيلًا صحيحًا فهو على ما ذكرنا من التفاصيل، لكن العقد متى لم ينفذ على الآمر ينفذ على المأمور، بخلاف البيع.

قوله: (في الكتاب)؛ أي: الجامع الصغير.

(كالخارج)؛ لأنه يشبه الاستثناء؛ لما أن العقد غير لازم في الذي له الخيار فيه، وتعيين الذي فيه الخيار بأن يقول له: بعت كل واحد بخمسمائة على أني بالخيار في هذا المعين.

وَالوَجهُ الثَّانِي: أَن يُفَصِّلَ الثَّمَنَ وَيُعَيِّنَ الَّذِي فِيهِ الخِيَارُ وَهُوَ المَذكُورُ ثَانِيًا فِي الكِتَابِ، وَإِنَّمَا جَازَ؛ لِأَنَّ المَبِيعَ مَعلُومٌ وَالثَّمَنَ مَعلُومٌ، وَقَبُولُ العَقدِ فِي الَّذِي فِيهِ الخِيَارُ وَإِن كَانَ شَرطًا لِانعِقَادِ العَقدِ فِي الآخَرِ، وَلَكِنَّ هَذَا غَيرُ مُفسِدٍ لِلعَقدِ لِكَونِهِ مَحَلًّا لِلبَيعِ كَمَا إِذَا جَمَعَ بَينَ قِنٍّ وَمُدَبَّر.

وَالثَّالِثُ: أَن يُفَصِّلَ وَلَا يُعَيِّنَ. وَالرَّابِعُ: أَن يُعَيِّنَ وَلَا يُفَصِّلَ، فَالعَقدُ فَاسِدٌ فِي الوَجهَينِ: إِمَّا لِجَهَالَةِ المَبِيعِ أَو لِجَهَالَةِ الثَّمَنِ.

وقوله: (وقبول العقد) إلى آخره: جواب شبهة، وهي أن يقال: ينبغي أن يفسد العقد في هذا أيضًا؛ لوجود المفسد وهو قبول العقد في الذي لم يدخل في العقد؛ لأن العبد الذي فيه الخيار غير داخل حكمًا، كما إذا جمع بين قن وحُرٍّ؛ فإنه لا يجوز العقد في القِنّ وإن فصل الثمن؛ لما أنه جعل قبول العقد في الحُرِّ شرطًا لصحة العقد في القِنّ، فقال: ليس كذلك؛ فإن الحرَّ غير داخل في العقد لا انعقادًا ولا حكمًا؛ لأنه ليس بمحل للبيع أصلا، فكان القبول فيه شرطًا مفسدًا، بخلاف ما نحن فيه؛ فإنه محل البيع، ويدخل في البيع انعقادًا وإن لم يكن داخلًا حكمًا، فكان نظير الجمع بين قن ومدبر، فإنه يصح البيع في القن بحصته من الثمن وإن تعلق صحة البيع فيه بقبول العقد في المدبر؛ لأن المدبر داخل تحت البيع، حتى لو قضى القاضي بجواز بيعه نفذ، فكان قبوله شرطًا صحيحًا، هذا إذا كان الخيار للمشتري. كذا ذكره الإمام التمرتاشي.

(والثالث: أن يفصل الثمن) بأن يقول: بعت كل واحد بكذا ولي الخيار في أحدهما.

(والرابع: أن يعين ولا يفصل) بأن يقول: لي الخيار في هذا، ولا يقول كل واحد بكذا.

فإن قيل: ما الفرق بين الوجه الأول والرابع، وبين عبدين أحدهما مدبر أو مكاتب أو أم ولد؛ فإن العقد ينعقد صحيحًا في القن بالحصة، خلافًا لزفر، وإن لم يكن فيه تفضيل الثمن؛ لما أن البيع لا ينعقد في حق هؤلاء، حتى لو حلف لا يبيع فباع هو لا يحنث، وفي البيع بشرط الخيار يحنث، فكان أولى أن يكون قران هؤلاء مفسدًا لبيع القن.

قلنا: من مشايخنا من لم يشتغل بالفرق، وقال: قياس ما ذكره هاهنا أن لا

قَالَ: **(وَمَن اشتَرَى ثَوبَينِ عَلَى أَن يَأخُذَ أَيَّهمَا شَاءَ بِعَشَرَةٍ وَهُوَ بِالخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فَهُوَ جَائِزٌ، وَكَذَا الثَّلَاثَةُ، فَإِن كَانَت أَربَعَةَ أَثوَابٍ فَالبَيعُ فَاسِدٌ)** وَالقِيَاسُ: أَن يَفسُدَ البَيعُ فِي الكُلِّ لِجَهَالَةِ المَبِيعِ، وَهُوَ قَولُ زُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ(*).

وَجهُ الِاستِحسَانِ: أَنَّ شَرعَ الخِيَارِ لِلحَاجَةِ إِلَى دَفعِ الغَبنِ لِيَختَارَ مَا هُوَ الأَرفَقُ وَالأَوفَقُ، وَالحَاجَةُ إِلَى هَذَا النَّوعِ مِن البَيعِ مُتَحَقِّقَةٌ؛ لِأَنَّهُ يَحتَاجُ إِلَى اختِيَارِ مَن يَثِقُ

يجوز العقد في القن، ومنهم من اشتغل به وهو الصحيح. والفرق: أن المانع من حكم العقد فيما نحن فيه مقترن بالعقد لفظًا ومعنًى فأثر المفسد، وفي بيع القن مع هؤلاء، المانع مقترن بالعقد معنًى لا لفظًا؛ لدخولهم في البيع، حتى لو قضى القاضي به يجوز، لكن لم يثبت الحكم لحق محترم واجب الصيانة، فلم يؤثر المفسد. كذا في الذخيرة والفوائد الظهيرية.

قوله: (وهو)؛ أي: المشتري **(بالخيار)** بعدما عين المأخوذ، ويسمى هذا خيار التعيين.

(وكذلك الثلاثة)؛ أي: في ثلاثة الأثواب جائز كما في الثوبين.

(في الكل)؛ أي: في الثوبين والثلاثة والأربعة.

(وهو)؛ أي: القياس **(قول زفر والشافعي)**.

(أن شرع الخيار)؛ يعني: جواز البيع بشرط الخيار شرع لمساس الحاجة إلى دفع الغبن، وقد تحققت الحاجة هاهنا، والنظر إلى ثوبين والثلاثة لاختيار الأوفق؛ أي: بحاله.

(والأرفق)؛ أي: بالنظر إلى الثمن؛ ليختار الأجود طريقًا لدفع الغبن، فالشرع الوارد ثمَّ يكون واردًا هاهنا.

قوله: (والحاجة إلى هذا النوع) إلى آخره: يعني: الإنسان قد يشتري شيئًا لعياله ولا يعجبه استصحاب العيال مع نفسه إلى السوق، والبائع لا يسمح بالرفع إليه إلا أن يبتاعه، والذي يعجب عياله من هذا النوع لا يدري ما هو، فتمس الحاجة إلى البيع على هذا الوجه.

(*) الراجح: قول الجمهور.

بِهِ أَو اختِيَارِ مَن يَشتَرِيهِ لِأَجلِهِ، وَلَا يُمَكِّنُهُ البَائِعُ مِن الحَملِ إِلَيهِ إِلَّا بِالبَيعِ فَكَانَ فِي مَعنَى مَا وَرَدَ بِهِ الشَّرعُ، غَيرَ أَنَّ هَذِهِ الحَاجَةَ تَندَفِعُ بِالثَّلَاثِ لِوُجُودِ الجَيِّدِ وَالوَسَطِ وَالرَّدِيءِ فِيهَا، وَالجَهَالَةُ لَا تُفضِي إِلَى المُنَازَعَةِ فِي الثَّلَاثَةِ لِتَعيِينِ مَن لَهُ الخِيَارُ، وَكَذَا فِي الأَربَعِ، إِلَّا أَنَّ الحَاجَةَ إِلَيهَا غَيرُ مُتَحَقِّقَة وَالرُّخصَةُ ثُبُوتُهَا بِالحَاجَةِ وَكَونُ

(**ولا يمكنه**)؛ أي: المشتري.

(**إليه**)؛ أي: إلى من يثق أو من يشتريه لأجله.

(**ما ورد به الشرع**)؛ وهو شرط الخيار ثلاثة أيام. كذا في الفوائد الظهيرية، وجامع قاضي خان.

(**لوجود الجيد**)؛ يعني: الحاجة إلى الاختيار لاختلاف الأوصاف، وهي ثلاثة: [٢/ ٧٢/ ب] جيد ووسط ورديء، وجميعها يوجد في الثلاث.

وقوله: (**والجهالة لا تفضي إلى المنازعة**) جواب عما قال زفر والشافعي من [جواب][(١)] الجهالة في وجه القياس.

وإنما لا تفضي؛ لأن شرط الخيار لنفسه، وبحكم خياره يَسْتَنِدُ بالتعيين، فإذا لم تفضِ لا يمنع صحة البيع، كما لو اشترى قفيزا من صبرة، بخلاف ما لم يشترط الخيار لنفسه، أو لم يسم الثمن لكل ثوب؛ حيث يفسد البيع لإفضاء الجهالة إلى المنازعة، أو لجهالة الثمن. كذا في المبسوط[(٢)].

(**إلا أن الحاجة إليها**)؛ أي: الأربع (**غير متحققة**) لما ذكرنا أن جميع الأوصاف توجد في الثلاث، ولأن في الأربعة قد يتفق ثوبان على صفة[(٣)] واحدة، فيحتاج إلى خيار[(٤)] آخر، فتكثر الجهالة.

(**والرخصة**)؛ يعني: جواز البيع مع الشرط رخصة (**وثبوتها بالحاجة**) وقد انعدمت في الأربع.

(**وكون**) بالجر، يعني: تثبت الرخصة بوصفين: وهما الحاجة، وعدم إفضاء الجهالة إلى المنازعة.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ٥٥).
(٣) في الأصل: (صفقة) والمثبت من النسخة الثانية.
(٤) في الأصل: (اختبار) والمثبت من النسخة الثانية.

الجَهَالَةِ غَيرَ مُفضِيَةٍ إِلَى المُنَازَعَةِ فَلَا تَثبُتُ بِأَحَدِهِمَا. ثُمَّ قِيلَ: يُشتَرَطُ أَن يَكُونَ فِي هَذَا العَقدِ خِيَارُ الشَّرطِ مَعَ خِيَارِ التَّعيِينِ، وَهُوَ المَذكُورُ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ.

(**ثم قيل: يشترط**): وفي جامع قاضي خان: وضع محمد المسألة هاهنا ـ أي: في الجامع الصغير ـ فيما إذا بين مدة الخيار فقال: يأخذ أيَّهما شاء بعشرة، وهو بالخيار ثلاثة أيام.

وهكذا ذكر في المأذون ووضعها في الجامع الكبير وغيره: على أن يأخذ أيَّهما شاء بكذا، ولم يذكر الزيادة، فاختلف المشايخ فيه؛ قال بعضهم: يصح العقد وإن لم يذكر الزيادة؛ لأن خيار التعيين مما لا يتوقف، فلا يتعلق جواز العقد بتلك الزيادة.

وذكر هذه الزيادة في الكتاب ـ أي: الجامع الصغير ـ وقع اتفاقا.

قال فخر الإسلام في جامعه: والصحيح عندنا أنه ليس بشرط، وهو قول محمد بن شجاع البلخي. وقال أكثر المشايخ: لا يصح العقد ما لم يذكر خيار الشرط لنفسه مدة معلومة، ثلاثة أيام عنده، وزيادة على ذلك على قولهما.

قال شمس الأئمة في جامعه: وهو الصحيح، وهو قول الكرخي؛ لأن القياس يأبى جواز هذا العقد؛ لجهالة المبيع وجهالة وقت لزوم العقد، وإنما جاز استحسانًا بطريق الإلحاق بموضع السنة وهو شرط الخيار، فلا يصح بدونه، فإن شرط ذلك يثبت له خيار الشرط مع خيار التعيين، فإن ردهما بخيار الشرط في الأيام الثلاثة، أو رد أحدهما بخيار التعيين؛ كان له ذلك، وإذا مضت الأيام الثلاثة يبطل خيار الشرط ويبقى خيار التعيين للوارث، فلا يردهما الوارث، وله أن يعين أحدهما ويرد الآخر. كذا في جامع قاضي خان.

وفي الذخيرة: هذا إذا كان الخيار للمشتري، فإن كان الخيار للبائع بأن قال: بعتك هذين الثوبين على أني بالخيار أُعَيِّنُ البيع في أحدهما، لم يذكر محمد هذه المسألة في بيوع الأصل ولا في الجامع الصغير.

وذكر الكرخي في مختصره: أنه يجوز استحسانًا لا قياسًا؛ لأن هذا بيع يجوز مع خيار المشتري، فكذا يجوز مع خيار البائع قياسًا على خيار الشرط.

وَقِيلَ: لَا يُشتَرَطُ وَهُوَ المَذكُورُ فِي الجَامِعِ الكَبِيرِ، فَيَكُونُ ذِكرُهُ عَلَى هَذَا الاِعتِبَارِ وِفَاقا لَا شَرطًا؛ وَإِذَا لَم يَذكُر خِيَارَ الشَّرطِ لَا بُدَّ مِن تَوقِيتِ خِيَارِ التَّعيِينِ بِالثَّلَاثِ عِندَهُ وَبِمُدَّة مَعلُومَة أَيَّتُهَا كَانَت عِندَهُمَا.

ثُمَّ ذُكِرَ فِي بَعضِ النُّسَخِ: اشتَرَى ثَوبَينِ وَفِي بَعضِهَا اشتَرَى أَحَدَ الثَّوبَينِ وَهُوَ الصَّحِيحُ؛ لِأَنَّ المَبِيعَ فِي الحَقِيقَةِ أَحَدُهُمَا وَالآخَرُ أَمَانَةٌ، وَالأَوَّلُ: تَجَوُّزٌ وَاستِعَارَةٌ.

وَلَو هَلَكَ أَحَدُهُمَا أَو تَعَيَّبَ، لَزِمَهُ البَيعُ فِيهِ بِثَمَنِهِ ....

وذكر في المجرد: أنه لا يجوز؛ لأنه إنما يجوز مع خيار المشتري بخلاف القياس؛ باعتبار الحاجة إلى اختيار الأرفق والأوفق بحضرة من يقع الشراء له، وهذا المعنى لا يتأتى في جانب البائع؛ لأنه لا حاجة له إلى اختيار الأرفق والأوفق؛ لأن المبيع كان معه قبل البيع، فيرد جانبه إلى ما يقتضيه القياس.

(أنها)[1] أي: المدة كانت زائدة على الثلاث أو غير زائدة بعد أن كانت معلومة.

فإن قيل: ينبغي ألّا يجوز في الزائد على الثلاث عند أبي يوسف؛ لأنه أخذ بالقياس في خيار النقد، حتى لم يُجَوِّز الزيادة على الثلاث، فينبغي أن يكون كذلك هاهنا.

قلنا: قوله في خيار النقد: إن لم ينقد الثمن إلى أربعة أيام تعليق، فلا يلحق بخيار الشرط، فلا يكون الأثر واردًا في حقه، وأما خيار التعيين من جنس خيار الشرط من حيث إنه لم يكن فيهما حرف التعليق، فكان الأثر واردًا في حقهما معنًى. كذا قيل.

والأول وهو اشترى ثوبين يجوز، أي: مجاز؛ لأن المشترى أحد الثوبين لا الثوبين، فكان من قبيل إطلاق الكل على البعض.

وقال فخر الإسلام: إنما قال ثوبين مجازًا؛ لاحتمال أن يكون كل واحد منهما هو المبيع.

(لزم البيع فيه)؛ أي: في الكل أو المعيب.

---

(١) كذا بالأصول الخطية، وتقدم في المتن: (أيتها كانت).

وَتَعَيَّنَ الآخَرُ لِلأَمَانَةِ لِامتِنَاعِ الرَّدِّ بِالتَّعَيُّبِ، ....

فإن قيل: التعيب في الأمانة غير مانع للرد، فلماذا رجحت جانب البيع فيه؟.

قلنا: العمل بالفسخ عمل بالدليل الحادث وهو البيع؛ لأنه سبب لإيجاب الضمان، وعدم وجوب الضمان على الأمين باستصحاب الحال، فإذا تعذر الجمع بينهما رجحنا جانب الفسخ؛ لأنه أقوى؛ لأنه عمل بالدليل الحادث، فتعين المعين معيبًا. كذا في [٢/ ٧٣/ أ] مختلفات القاضي الغني.

(**وتعين الآخر للأمانة**)؛ يعني: إذا هلك لا يلزمه شيء.

فإن قيل: لا يكون الآخر هنا أقل من المقبوض على سوم الشراء، وهناك تجب القيمة، فينبغي أن يكون هنا كذلك.

قلنا: إن قبض أحدهما حصل على حقيقة البيع ولا على جهته؛ لأنه لم يقبض الآخر ليشتريه حتى يكون قابضًا بجهة العقد، فكان قبضه قبض أمانة، فلا يلزمه شيء بهلاكه. كذا في مبسوط شيخ الإسلام.

فإن قيل: ما الفرق بين هذه المسألة، وبين ما إذا طلَّق إحدى امرأتيه أو أعتق [أحد][1] عبديه؛ حيث لو مات أحدهما يتعين الباقي للعتق والطلاق، وفي مسألتنا يتعين الهالك للبيع والباقي للرد.

قلنا: الفرق: أن العبد لما أشرف على الهلاك خرج من أن يكون محلًّا للرد؛ لأنه عجز عن رد ما قبض كما قبض، فتعين العقد فيه، وتعين الباقي للرد ضرورة، وأما في الطلاق والعتاق فحين أشرف على الهلاك لم يبق محلًّا لوقوع الطلاق والعتاق، فلو وقعا إنما يقعا بعد الموت، وهما لا يقعان بعد الموت، فتعين الباقي لهما، وهذا بخلاف ما إذا اشترى بشرط الخيار فهلك أحدهما عنده فإنه لا يرد الباقي؛ لأن العقد تناولهما؛ ألا ترى أنه يملك إتمام العقد فيهما، فبعدما تعذر عليه رد أحدهما لا يتمكن من رد الآخر؛ لما فيه من تفريق الصفقة على البائع قبل التمام، وهاهنا العقد تناول أحدهما؛ ألا ترى أنه لا يملك إتمام

(١) ما بين المعقوفتين سقط من الأصل، وفي النسخة الثانية: (إحدى)، والصواب المثبت.

وَلَو هَلَكَا جَمِيعًا مَعا يَلزَمُهُ نِصفُ ثَمَنِ كُلِّ وَاحِد مِنهُمَا لِشُيُوعِ البَيعِ وَالأَمَانَةِ فِيهِمَا.

وَلَو كَانَ فِيهِ خِيَارُ الشَّرطِ لَهُ أَن يَرُدَّهُمَا جَمِيعًا.

العقد فيهما، فبعد ما هلك أحدهما أو تعيب كان له رد الباقي. كذا في المبسوط(١).

(**ولو [هلكوا]**(٢) **جميعا معًا**): قيد بقوله: (**معًا**) [لما](٣) أنهما لو هلكا على التعاقب يتعين الأول للبيع إذا علم السابق، [ولو لم يدر السابق](٤) لزمه نصف ثمن كل واحد منهما، كما لو هلكا معًا، ولو هلكا أو تعيبا على التعاقب وثمنهما على التفاوت، فقال البائع: هلك أولًا الذي قيمته عشرون، وقال المشتري: الذي قيمته عشرة؛ كان أبو يوسف يقول أولًا يتحالفان، فأيُّهما [نكل](٥) لزمه دعوى الآخر، وإن حلفا يجعل كأنهما هلكا معا، ثم رجع وقال: القول للمشتري، وهو قول محمد، فإن أقاما البينة قضى ببينة البائع لإثباتها الزيادة، ولو تغيبا معا بطل خيار الشرط، فليس له ردهما، والتعيين بحاله يمسك أيهما شاء بثمنه ويرد الآخر، ولا يغرم من قيمته عيبَ المردودِ شيئًا استحسانًا. كذا ذكره التمرتاشي.

وفي المبسوط: وجه الاستحسان: أن المعيب محلٌّ لابتداء البيع أيضًا، بخلاف الهالك فإنه ليس بمحلٍّ لابتداء البيع، فلا يكون محلًّا لتعيبه(٦).

(**ولو كان فيه**)؛ أي: في هذا البيع (**خيار الشرط له أن يردهما جميعا**)؛ لأنه أمين في أحدهما، فيرده بحكم الأمانة، وفي الآخر مشترط الخيار فيتمكن من رده. كذا في المبسوط(٧)، والإيضاح.

وإن كان البيع فاسدًا فقبضهما، فأحدهما مضمون عليه لقيمته، والآخر أمانة. ولو مات جميعا ضمن نصف قيمة كل واحد، والحكم في الفاسد كالحكم في الصحيح، إلا أن الفاسد مضمون والصحيح بالثمن، ولو تم قبضهما في

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ٥٦).
(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٣) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٤) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٥) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٦) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ٥٧).
(٧) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ٥٦).

وَلَو مَاتَ مَن لَهُ الخِيَارُ فَلِوَارِثِهِ أَن يَرُدَّ أَحَدَهُمَا؛ لِأَنَّ البَاقِيَ خِيَارُ التَّعيِينِ لِلاختِلَاطِ، وَلِهَذَا لَا يَتَوَقَّفُ فِي حَقِّ الوَارِثِ. وَأَمَّا خِيَارُ الشَّرطِ لَا يُورَثُ وَقَد ذَكَرنَاهُ مِن قَبلُ.

قَالَ: (وَمَن اشتَرَى دَارًا عَلَى أَنَّهُ بِالخِيَارِ فَبِيعَت دَارٌ أُخرَى بِجَنبِهَا فَأَخَذَهَا بِالشُّفعَةِ فَهُوَ رِضًا)؛ لِأَنَّ طَلَبَ الشُّفعَةِ يَدُلُّ عَلَى اختِيَارِهِ المِلكَ فِيهَا؛ لِأَنَّهُ مَا ثَبَتَ إِلَّا لِدَفعِ ضَرَرِ الجِوَارِ، وَذَلِكَ بِالِاستِدَامَةِ فَيَتَضَمَّنُ ذَلِكَ سُقُوطَ الخِيَارِ سَابِقًا عَلَيهِ فَيَثبُتُ المِلكُ مِن وَقتِ الشِّرَاءِ، فَيَتَبَيَّنُ أَنَّ الجِوَارَ كَانَ ثَابِتًا، وَهَذَا التَّقرِيرُ يُحتَاجُ إِلَيهِ لِمَذهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ خَاصَّة.

الصحيح فمات أحدهما؛ فهو بالخيار في الباقي. وكذا لو حدث بأحدهما عيب؛ لأن المبيع لم يدخل في ضمانه، فتبين أن الجواز كان ثابتا.

فإن قيل: لو كان هذا بطريق الاستناد لصح الأخذ للمشتري إذا كان الخيار للبائع.

قلنا في خيار المشتري: له ولاية إثبات الملك لنفسه بالإجازة، ولا يتوقف على فعل غيره، وفي خيار البائع: لا يثبت له ذلك واعتبره بالإعتاق، فإنه ينفذ من المشتري إذا كان الخيار له، ولا ينفذ إذا كان الخيار للبائع وإن أجاز البيع.

قوله: (خاصةً): إنما قال: خاصة؛ لأن عندهما يدخل البيع في ملك المشتري، فلا يحتاج إلى التقدير الذي يؤدي إلى اختيار الملك.

قال الإمام السرخسي: وجوب الشفعة على مذهبهما ظاهر، وأما عند أبي حنيفة؛ فلأنه صار أحق بالتصرف فيها، وذلك يكفيه لاستحقاق الشفعة بها، كالمأذون المستغرق بالدين، والمكاتب، فإنهما يستحقان الشفعة وإن لم يملكا رقبة الدار، بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع، فالمشتري هناك لم يصر أحق بالتصرف فيها.

وفي جامع قاضي خان: وأما على قولهما فالأخذ بالشفعة دلالة استيفاء الملك؛ لأنها شرعت لدفع ضرر التغيظ[١]، والإنسان لا يدفع ضرر الجار من نفسه في دار يريد رَدَّهُ.

---

(١) في الأصل: (الدخيل) والمثبت من النسخة الثانية.

قَالَ: (وَإِذَا اشتَرَى الرَّجُلَانِ عَبدًا عَلَى أَنَّهُمَا بِالخِيَارِ فَرَضِيَ أَحَدُهُمَا فَلَيسَ لِلآخَرِ أَن يَرُدَّهُ) عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: لَهُ أَن يَرُدَّهُ(*)، وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ: خِيَارُ العَيبِ وَخِيَارُ الرُّؤيَةِ، لَهُمَا: أَنَّ إِثبَاتَ الخِيَارِ لَهُمَا إِثبَاتُهُ لِكُلِّ وَاحِد مِنهُمَا فَلَا يَسقُطُ بِإِسقَاطِ صَاحِبِهِ، لِمَا فِيهِ مِن إِبطَالِ حَقِّهِ. وَلَهُ: أَنَّ المَبِيعَ خَرَجَ عَن مِلكِهِ غَيرَ مَعِيب بِعَيبِ الشَّرِكَةِ، فَلَو رَدَّهُ أَحَدُهُمَا رَدَّهُ مَعِيبًا بِهِ وَفِيهِ إِلزَامُ ضَرَر زَائِد، وَلَيسَ مِن ضَرُورَةِ إِثبَاتِ الخِيَارِ لَهُمَا الرِّضَا بِرَدِّ أَحَدِهِمَا لِتَصَوُّرِ اجتِمَاعِهِمَا عَلَى الرَّدِّ.

(وقالا)؛ أي: أبو يوسف ومحمد (له)؛ أي: للآخر (أن يرد نصيبه خاصة معيبًا به) أي: بعيب الشركة، إذ الشركة في [٢/ ٧٣/ ب] الأعيان المجتمعة عيب، وذلك لأن البائع بتقدير الرد لا يتمكن من الانتفاع إلا بطريق التهايؤ، وكان قبل البيع متمكنا في الانتفاع متى شاء، والخيار يثبت ليختار من له الخيار ما هو الأرفق على وجه لا يلحق الضرر بغيره.

(وفيه)؛ أي: في الرد (إلزام ضرر زائد) وإنما وصف هذا الضرر بالزيادة وإن كان في ذلك الجانب ضرر أيضًا؛ لأن هذا ضرر يلحقه من الغير، وذلك يلحقه من نفسه، والضرر الحاصل من الغير أفجع وأقطع من الضرر الحاصل من نفسه.

(لتصور اجتماعهما)؛ أي: اجتماع المشتريين.

وعن أبي حنيفة في غير رواية الأصول: أنه لو رد أحدهما يؤمر الآخر برده؛ لأنه لو امتنع عن الرد كان فيه إبطال حق الغير، وليس له ذلك؛ لأن الخيار بشرط الرد، وقد اشترطا. كذا في جامع الإِسْبِيجابي.

فإن قيل: لما باع منهما بالخيار رضي بالتبعيض.

قلنا: إنما رضي في ملكهما لا في ملكه. كذا ذكره المرغيناني والتمرتاشي.

وقوله: (ليس من ضرورة إثبات الخيار) إلى آخره: جواب عن هذا السؤال.

وفي المبسوط: فإن قيل: في امتناع الرد ضرر على الرادِّ أيضًا.

قلنا: إن هذا ضرر يلحقه بعجزه عن إيجاد شرط الرد لا يتصرف من الغير[١].

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ٥١).

قَالَ: (وَمَن بَاعَ عَبدًا عَلَى أَنَّهُ خَبَّازٌ أَو كَاتِبٌ وَكَانَ بِخِلَافِهِ فَالمُشتَرِي بِالخِيَارِ:

فإن قيل: إن هذا العيب حدث في ملك البائع؛ لأن تفرق الملك يثبت بالعقد قبل القبض.

قلنا: إنما حدث بفعل المشتري، والمشتري إذا عيب المعقود عليه لم يكن له أن يرده بحكم الخيار. كذا قيل.

قوله: (على أنه خباز)؛ أي: عبد حرفته هذا؛ لأنه لو فعل هذا الفعل أحيانا لا يسمى خبازًا، فالمشتري بالخيار. وبه قال الشافعي، فإنه ذكر في تتمتهم: كل صفة توجب في العين زيادة وفضيلة، وتزاد بها الرغبات والقيمة؛ فاشتراطه لا يفسد العقد ويثبت الخيار.

فإن قيل: ما الفرق بين هذا الوصف وبين بيع الشاة أو الناقة على أنها حامل، أو على أنها تحلب كذا، فإن البيع فيه وفي أمثاله فاسد عندنا، وبه قال الشافعي في قول. وقال في الأصح: لا يفسد؛ لأنه صفة مرغوب.

قلنا: الفرق أن الحبَلَ في البهائم زيادة مجهولة، لا يدرى أن انتفاخ بطنها من ريح أو ولد حي أو ميت، والمجهول إذا ضم إلى المعلوم يصير الكل مجهولا، وكذا شرط على أنها تحلب كذا؛ لأنه اشتراط مقدار من المبيع ليس في وسع البائع تحصيله، ولا طريق له إلى معرفته، فكان شرطا مجهولا، حتى لو اشترط على أنها حلوب أو لبون؛ ذكر الطحاوي: لا يفسد به العقد، وبه قال الشافعي؛ لأنه وصف مرغوب، بخلاف **قوله: (على أنه خباز)** فإنه وصف مرغوب فيه، ولمعرفته سبيل للبائع، كما إذا اشترى فرسا على أنه هملاج، أو اشترى كلبا على أنه صائد، فإنه يجوز، كذا هاهنا. كذا في المبسوط(١).

وفي الذخيرة: قال محمد في الزيادات: فإن قبضه المشتري ووجده كاتبا أو خبازًا على أدنى ما ينطلق عليه الاسم؛ لا يكون له حق الرد، وبه قال الشافعي؛ لوجود الشرط، فإن الشرط أدنى ما ينطلق عليه الاسم، لا النهاية في الجودة، كما في وصف السلامة.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ٢٠).

إن شَاءَ أَخَذَهُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ وَإِن شَاءَ تَرَكَ)؛ لِأَنَّ هَذَا وَصفٌ مَرغُوبٌ فِيهِ فَيُستَحَقُّ فِي العَقدِ بِالشَّرطِ، ثُمَّ فَوَاتُهُ يُوجِبُ التَّخيِيرَ؛ لِأَنَّهُ مَا رَضِيَ بِهِ دُونَهُ، وَهَذَا يَرجِعُ إِلَى اختِلَافِ النَّوعِ لِقِلَّةِ التَّفَاوُتِ فِي الأَغرَاضِ، فَلَا يَفسُدُ العَقدُ بِعَدَمِهِ بِمَنزِلَةِ وَصفِ الذُّكُورَةِ وَالأُنُوثَةِ فِي الحَيَوَانَاتِ، وَصَارَ كَفَوَاتِ وَصفِ السَّلَامَةِ، وَإِذَا أَخَذَهُ أَخَذَهُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ؛ لِأَنَّ الأَوصَافَ لَا يُقَابِلُهَا شَيءٌ مِن الثَّمَنِ، لِكَونِهَا تَابِعَة فِي العَقدِ عَلَى مَا عُرِفَ.

ومعنى أدنى ما ينطلق عليه الاسم: أن يفعل من ذلك ما يسمى به الفاعل خبازًا أو كاتبًا؛ لأن كل واحد لا يعجز في العادة من أن يكتب على وجه تستبين حروفه، وأن يخبز مقدار ما يدفع الهلاك عن نفسه، وبذلك لا يسمى خبازًا ولا كاتبًا. وإليه أشير في الكتاب.

(فإن وجده لا يحسن الكتابة والخبز)؛ أي: لا يعرف مقدار ما يسمى به الفاعل كاتبًا أو خبازًا، وقيد بكون الوصف مرغوبا يستحق بالعقد، حتى لو لم يكن الوصف مرغوبا لا يستحق بالعقد، كما لو اشترى على أنه معيب فإذا هو سليم لا يثبت له الخيار؛ لأن هذا الوصف غير مرغوب.

وحاصله: أن الوصف المرغوب فيه يرجع إلى صفة المثمن أو الثمن، فيكون ملائمًا للعقد، فلا يفسد به البيع، كشرط كونه ذكرًا أو أنثى، وشرط كون الثمن مرهونًا بذا ومكفولًا به.

(لأنه)؛ أي: المشتري (ما رضي به)؛ أي: بالبيع (دونه)؛ أي: دون الوصف المرغوب.

(وهذا)؛ أي: كون الوصف مرغوبًا (يرجع إلى اختلاف النوع) في الحيوانات. قيد بها؛ لأن في بني آدم يورث اختلاف الجنس لفحش التفاوت، لما مر في باب المهر في النكاح.

وفي الذخيرة: لو امتنع الرد بسبب من الأسباب؛ رجع المشتري على البائع بحصته من الثمن، فيقوم العبد كاتبا وغير كاتب، وينظر [٢/ ٧٤/أ] إلى تفاوت ما بين ذلك، فإن كان مثل العشر يرجع بعشر الثمن.

....

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أنه لا يرجع هاهنا بشيء؛ لأن ثبوت الخيار للمشتري إنما كان بالشرط لا بالعقد، وتعذر الرد في خيار الشرط لا يوجب الرجوع على البائع، فكذا هذا.

ولكن ما ذكر في ظاهر الرواية أصح، وبه قال الشافعي؛ لأن البائع عجز عن تسليم وصف السلامة كما في العيب. ولو وقع الاختلاف بين المشتري والبائع في هذه الصور بعدما مضى حينٌ من وقت البيع، فقال المشتري: لم أجده كاتبًا، وقال البائع: أني سلمته إليك كذلك ولكنه شيء[1] عندك، وقد ينسَى ذلك في تلك المدة؛ فالقول للمشتري؛ لأن الاختلاف وقع في وصف عارض؛ إذ الأصل عدم الكتابة والخبازة، قال تعالى: ﴿وَٱللَّهُ أَخۡرَجَكُم مِّنۢ بُطُونِ أُمَّهَٰتِكُمۡ لَا تَعۡلَمُونَ شَيۡـٔٗا﴾ [النحل:٧٨].

وفي النوازل: اشترى جارية على أنها عذراء، فعلم أنها ليست كذلك، فإن علم بالوطء، فإن زايلها عند علمه بلا لبث لم يلزمه، وإلا لزمته.

ولو اشترى بقرة على أنها حبلى، فولدت عنده فشرب اللبن وأنفق عليها؛ فإنه يردها والولد وما شرب من اللبن، ولا شيء له بما أنفق؛ لأن البيع وقع فاسدا، فكانت في ضمانه والنفقة عليه.

ولو اشترى شاة على أنها نعجة فإذا هو معز؛ يجوز له البيع وله الخيار؛ لأن حكمها واحد في الصدقات. وكذا لو اشترى بقرة فإذا هي جاموس.

وفي المجتبى: في جمع البخاري: الأصل فيه: أن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعا، فإن كان المشار إليه من خلاف جنس المسمى فالعقد فاسد، وإن كان من جنسه فالعقد جائز، ثم إن كان المشار إليه دون المسمى كان الخيار للمشتري، وإلا فلا.

والثياب أجناس، والذكر مع الأنثى في بني آدم جنسان حكمًا، وفي سائر الحيوانات جنس واحد، وإذا كان المشار إليه من خلاف جنس المسمى؛ فإنما

---

(١) كذا في الأصل، ولعل الصواب (نسي).

بَابُ خِيَارِ الرُّؤيَةِ

يتعلق العقد بالمسمى إذا لم يعلم المشتري به، أما إذا علم به فالعقد يتعلق بالمشار إليه، كمن قال: بعتك هذا الحمار، وأشار إلى العبد يصح.

اشترى ثوبا على أنه هروي، فإذا [هو][(١)] بلخي؛ فالبيع فاسد عندنا. وكذا على أنه كتان فإذا هو قطن، أو أبيض فإذا هو مصبوغ، أو مصبوغ بعصفر فإذا هو بزعفران، أو دارًا على أنها بناء آجُرّ فإذا هو لَبِن، أو على أن لا بناء أو لا نخل فيها فإذا فيها بناء أو نخل، أو أرضا على أشجارها كلها مثمرة فإذا واحدة منها غير مثمرة؛ فسد البيع فيها.

ولو اشترى جارية على أنها مولودة الكوفة فإذا هي مولودة بغداد، أو غلاما على أنه تاجر أو كاتب أو غيره فإذا هو لا يحسنه، أو على أنه فحل فإذا هو خصي، أو على عكسه، أو على أنها بغلة فإذا هو بغل، أو على أنها ناقة فإذا هو فحل، أو على أنه لحم معز فوجده لحم ضأن، أو على عكسه، أو على أن هذا الحيوان حامل فوجدها غير حامل؛ جاز البيع فيها وأمثالها وله الخيار.

ولو اشترى على أنه بغل فإذا هي بغلة، أو حمارًا أو بعيرًا فإذا هو أتان، أو ناقة أو جارية على أنها رتقاء أو حبلى أو ثيب فوجدها بخلافه إلى خير؛ جاز البيع ولا خيار له فيه وأمثاله إذا وجده على صفة خير من المشروطة.

ولو باع دارًا بما هو فيها من الجذوع والأبواب والخشب والنخيل فإذا ليس فيها شيء من ذلك؛ لا خيار للمشتري.

وفي المحيط: اشترى شاة أو ناقة أو بقرة على أنها حامل؛ فسد البيع إلا في رواية الحسن، والأصح في الأمة جوازه، وعلى أنها حلوب أو لبون، وعلى أنها تحلب كذا وتوضع بعد شهر؛ يفسد، والله أعلم.

باب خيار الرؤية

قدمه على خيار العيب؛ لما أنه يمنع تمام الحكم، وخيار العيب يمنع لزوم الحكم، والإضافة من قبيل إضافة الشيء إلى شرطه.

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

قَالَ: (وَمَن اشتَرَى شَيئًا ....

قوله: (ومن اشترى شيئًا) إلى آخره: في المبسوط: اشترى جرابًا هَرَويًّا، أو زيتًا في زق، أو حنطة في جوالق، فلم يره؛ فله الخيار إذا رآه[1].

وفي الذخيرة: صورة المسألة: أن يقول: بعت منك الثوب الذي في كمي هذا وصفته كذا، أو الدرة التي في كفي هذه وصفتها كذا، ولم يذكر الصفة، أو يقول: بعت هذه الجارية المتنقبة، أما إذا قال: بعت منك ما في كمي، أو ما في كممي هذه من شيء، هل يجوز البيع؟

لم يذكره في المبسوط. قال عامة مشايخنا: إطلاق الجواب يدل على جوازه عندنا، وبعضهم قال: لا يجوز لجهالة المبيع.

وفي المبسوط: الإشارة إليه أو إلى مكانه شرط الجواز، حتى لو لم يشر إليه ولا إلى مكانه لا يجوز بالإجماع[2].

وفي الأسرار: صورته: عبد أو أمة منتقبة مشار إليها حاضرة؛ له الخيار [٢/ ٧٤/ ب] إذا كشفت.

ثم خيار الرؤية لا يثبت إلا في أربعة الأشياء: في الشراء، والإجارة، والقسمة، والصلح في دعوى المال على شيء بعينه.

وقال الشافعي: لا يصح العقد أصلا، وعنده: إن كان جنس المبيع معلومًا بأن قال: بعتك ما في هذا الجراب من الثياب؛ فله قولان. وإن لم يكن معلومًا للمشتري بأن قال: بعت ما في هذا الجوالق؛ فالبيع باطل عنده قولًا واحدًا.

وفي الغاية وشرحه، وشرح الوجيز، والحلية: بيع ما لم يره البائع والمشتري يصح في القديم، وبه قال أبو حنيفة ومالك وأحمد، ولا يصح في الجديد؛ لأن المبيع مجهول.

وفي شرح الوجيز: ويسمى القول الأول بالقديم، والثاني بالجديد.

واختلفوا في محلها على طريقين، أصحهما عند ابن الصباغ وصاحب التتمة وغيرهما: أن القولين مُطَّردان في المبيع الذي لم يره المتبايعان، أو لم يره أحدهما.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ٦٨).
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ٦٨).

لَم يَرَهُ فَالبَيعُ جَائِزٌ، وَلَهُ الخِيَارُ إِذَا رَآهُ، إن شَاءَ أَخَذَهُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ وَإِن شَاءَ رَدَّهُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَصِحُّ العَقدُ أَصلًا؛ لِأَنَّ المَبِيعَ مَجهُولٌ. وَلَنَا: قَولُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَن اشتَرَى شَيئًا لَم يَرَهُ فَلَهُ الخِيَارُ إِذَا رَآهُ»؛ وَلِأَنَّ الجَهَالَةَ بِعَدَمِ الرُّؤيَةِ لَا تُفضِي إِلَى المُنَازَعَةِ، لِأَنَّهُ لَو لَم يُوَافِقهُ يَرُدُّهُ، فَصَارَ كَجَهَالَةِ الوَصفِ فِي المُعَايِنِ المُشَارِ إِلَيهِ.

والثاني: أن القولين فيما إذا شاهد البائع دون المشتري، أما إذا لم يشاهد البائع فالبيع باطل قولًا واحدًا[(١)].

وفي حلية المؤمن: يجوز بيع الغائب في القول المختار، وهو قول عثمان وطلحة، واختاره القفال وكثير من أصحابنا، وعلى هذا لا بد من ذكر الجنس والنوع والصفة التي يخرج بها من الجهالة، ثم إذا رآه له الخيار في المجلس، سواء رآه على الصفة التي ذكرها أو على خلافها؛ لقوله ﷺ: «**مَنِ اشْتَرَى شَيْئًا...**»[(٢)] الحديث.

(**لأن المبيع مجهول**)؛ لأنه لم يعرف من المعقود إلا الاسم، فلا يجوز البيع، كما إذا قال: بعتك عبدًا من عبيدي، ولم يشر إليه ولا إلى مكانه. ولأن جهالة الوصف بمنزلة انعدام المالية؛ إذ المقصود معرفة مقدار المالية، ولا يصير ذلك معلومًا إلا بالرؤية، فالجهل بمقدارها بمنزلة انعدام المالية، فصار كبيع الآبق.

ولأن الاستقصاء في وصف المبيع بحيث يفيد الإحاطة بالمقاصد لم يكف [في][(٣)] العلم بالصفة التي تحصل بالرؤية؛ إذ الرؤية تطلع على دقائق لا تفي العبارة بها، وإليه أشار قوله ﷺ: «**ليسَ الخَبَرُ كالمُعَاينةِ**»[(٤)] ولأنه بيع غرر وهو منهي عنه.

---

(١) العزيز شرح الوجيز للرافعي (٤/ ٥١).

(٢) سبق تخريجه.

(٣) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(٤) أخرجه أحمد (٣/ ٣٤١ برقم ١٨٤٢) والحاكم (٢/ ٣٥١ برقم ٣٢٥٠) وابن حبان (١٤/ ٩٦ برقم ٦٢١٣) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

....

وراوي حديثكم عمر بن إبراهيم هو متهم بين المحدثين، فلا يجوز التمسك بروايته، وقيل: ابن مريم رواه؛ فقال الدارقطني: ابن مريم ضعفه أحمد ويحيى وأبو حاتم وأبو زرعة؛ لعدم العلم بعدالته. كذا في شرح الغاية؛ لأنه ﷺ **«نَهى عن بيعِ ما ليسَ عندَ الإنسانِ»**[1] فيدل على عدم بيع الغائب.

ولنا: قوله ﷺ: **«مَنِ اشْتَرَى شيئًا...»** الحديث[2]، وهو حديث رواه ابن عباس، والحسن البصري، وسلمة المحبق مرسلا بشهرته.

ذكر في المبسوط: ورواه أبو حنيفة ومحمد بإسنادهما، وقد عمل به كثير من العلماء مثل مالك وأحمد بن حنبل وغيرهما، وهو مذكور في كتب أصحاب الشافعي أيضًا، والحديث إذا كان أحد رواته متهمًا لا يترك مع رواية العلماء المشهورة بالعدالة، مع أن الاتهام غير مُسلَّم، والطعن المتهم لا يقبل، ويحمل الغرر المنهي عنه على ما له عاقبة مستورة عملًا بالأحاديث.

والمراد من قوله: **«مَا لَيْسَ عِندَ الإنْسانِ»** عدم الملك، بدليل قصة الحديث، فإن حكيم بن حزام قال: يا رسول الله إن الرجل يطلب مني سلعة وليست عندي، أفأشتريها وأسلِّمها؟ فقال ﷺ: **«لَا تَبِعْ ما ليسَ عِندَكَ»**[3] كذا في المبسوط[4].

وأما الجهالة التي ذكرها الخصم لا تؤدي إلى المنازعة؛ لما ذكر في المتن، كجهالة الوصف في المعاين المشار، بأن اشترى ثوبا مشارًا إليه غير معلوم عدد ذرعانه، فإنه يجوز؛ لأن هذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة، فكذا هذا. كذا في المبسوط[5].

---

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٨٣ برقم ٣٥٠٤) والترمذي (٣/ ٥٢٧ برقم ١٢٣٤) من حديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما.

قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٨٣ برقم ٣٥٠٣) والترمذي (٣/ ٥٢٦ برقم ١٢٣٢) من حديث حكيم بن حزام رضي الله عنهما.

قال الترمذي: حديث حكيم حسن، قد روي عنه من غير وجه.

(٤) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ٧٠).

(٥) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ٦٩).

(وَكَذَا إذَا قَالَ: رَضِيت، ثُمَّ رَآهُ، لَهُ أَن يَرُدَّهُ) ....

أو اشترى عبدا على أنه خباز أو كاتب ولا يعلم ثبوته.

وفي الإيضاح: ولا خلاف أن المعقود عليه مجهول الوصف، لكن جهالة الوصف عنده أثر في صلب العقد؛ لأن الوصف مقصود، فجهالته تمكن غررا في العقد، وصون العقد واجب عن الجهالة، وعندنا المعقود عليه الذات باعتبار المالية، وهذا الذات إنما صار محلًّا للبيع باعتبار أصل المالية، لا باعتبار قدر منها، فجهالة القدر لا تؤثر في صلب العقد، وإنما تؤثر في صفة اللزوم، وهذا لأنه إذا كان مجهولا بوصفه اختلّ الرضا، فيثبت له الخيار.

قوله: (إذا قال: رضيت)؛ يعني: بعد تمام البيع يقول المشتري: رضيت بذلك المبيع على أي وصف كان.

(ثم رآه له أن يرده) وهو ظاهر مذهب الشافعي، وحكي في تتمتهم وجه آخر: أنه ينفذ، كما إذا اشترى بشرط أن لا خيار.

(فلا يثبت)؛ أي: الخيار [٢/ ٧٥/أ] **(قبله)**؛ أي: قبل الرؤية على تأويل المذكور.

فإن قيل: المذهب عندنا أن المعلق بالشرط يوجد عند وجوده، ولا يلزم عدمه عند عدمه، لجواز أن يوجد بعلة أخرى، فكيف يصح قوله: **(فلا يثبت قبلها)**؛ لأنه دعوى بلا دليل.

قلنا: هذه قضية متلقاة من جهة صاحب الشرع، فننتهي إلى ما أنهانا إليه، والشرع أثبت الخيار بالرؤية، فلا يثبت قبلها، ولو ثبت إنما يثبت بدليل آخر، فمن ادعاه فعليه البيان. كذا قيل.

فإن قيل: يشكل بخيار العيب، فإنه إذا قال: رضيت به قبل أن أراه فلا خيار له.

قلنا: سبب الخيار هناك العيب، وهو موجود قبل العلم، فيكون الخيار ثابتًا، ولا كذلك هاهنا كما بيّنّا، فافترقا.

لِأَنَّ الخِيَارَ مُعَلَّقٌ بِالرُّؤْيَةِ لِمَا رَوَينَا فَلَا يَثْبُتُ قَبلَهَا، وَحَقُّ الفَسخِ قَبلَ الرُّؤْيَةِ بِحُكمِ أَنَّهُ عَقدٌ غَيرُ لَازِمٍ، لَا بِمُقتَضَى الحَدِيثِ، وَلِأَنَّ الرِّضَا بِالشَّيءِ قَبلَ العِلمِ بِأَوصَافِهِ لَا يَتَحقَّقُ فَلَا يُعتَبَرُ قَولُهُ رَضِيت قَبلَ الرُّؤيَةِ بِخِلَافِ قَولِهِ رَدَدْتُ.

وقوله: **(وحق الفسخ)** إلى آخره: جواب سؤال مقدر يرد على **قوله**: **(لأن الخيار معلق بالرؤية فلا يثبت قبله)** بأن يقال: لما لم يثبت الخيار قبل الرؤية كما اقتضاه الحديث، وهو عبارة عن حق الفسخ، والإمضاء ينبغي ألا يتمكن من الفسخ قبل الرؤية عندنا، وبه قال الشافعي في الأصح.

فأجاب عنه وقال: حق الفسخ يعني: يمكنه من الفسخ باعتبار وقوع العقد غير لازم لا للبناء على الخيار الذي اقتضاه الحديث، ألا ترى أن كل واحد من العاقدين في عقد الوديعة والعارية والوكالة يملك الفسخ باعتبار عدم لزوم العقد، وإن لم يكن خيار ثابت لا شرطًا ولا شرعًا.

وفي المبسوط: الرضا قبل الرؤية إبطال حكم النص؛ وهو الخيار عند الرؤية؛ لأن المشتري يراه بعد ذلك ولا خيار له، وليس في الفسخ ذلك؛ لأن المعقود عليه بالفسخ يخرج من أن يكون معقودًا عليه، فلا يلزم كون المعقود عليه خاليًا عن الخيار(١).

قوله: **(ولأن الرضا)** إلى آخره: وحقيقة الفرق: أن حق الفسخ لعدم الرضا، وعدم الرؤية لا ينافي عدم الرضا، وحق الإمضاء للرضا، والرضا لا يتحقق بدون الرؤية؛ لأن الرضا استحسان الشيء وامتلاء الاختيار، وعدم الرؤية ينافيه؛ لأن بالرؤية يتطلع على دقائق لا تحصل بالإخبار والعبارة، ولأنه لو لم يكن له حق الفسخ قبل الرؤية لصار العقد لازمًا، فيلزم امتناع الخيار بتقدير الرؤية، والخيار ثابت بتقديرها بالنص. وفيه نوع تأمل.

وقيل: لا رواية في الفسخ قبل الرؤية، واختلف المشايخ فيه، فقيل: لا يملك الفسخ كالإجازة، وهو أحد قولي الشافعي، فحينئذ لا يحتاج إلى الفرق، والفرق المذكور في المتن على ظاهر مذهب أصحابنا وظاهر مذهب الشافعي.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ٧١).

قَالَ: (وَمَن بَاعَ مَا لَم يَرَهُ فَلَا خِيَارَ لَهُ) وَكَانَ أَبُو حَنِيفَةَ يَقُولُ أَوَّلًا: لَهُ الخِيَارُ اعتِبَارًا بِخِيَارِ العَيبِ وَخِيَارِ الشَّرطِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ لُزُومَ العَقدِ بِتَمَامِ الرِّضَا زَوَالا وَثُبُوتًا وَلَا يَتَحَقَّقُ ذَلِكَ إِلَّا بِالعِلمِ بِأَوصَافِ المَبِيعِ، وَذَلِكَ بِالرُّؤيَةِ فَلَم يَكُنِ البَائِعُ رَاضِيًا بِالزَّوَالِ. وَوَجهُ القَولِ المَرجُوعِ إِلَيهِ: أَنَّهُ مُعَلَّقٌ بِالشِّرَاءِ لِمَا رَوَينَا فَلَا يَثبُتُ دُونَهُ.

قوله: (ومن باع ما لم يره) إلى آخره: صورته: ورث شيئًا فباعه قبل الرؤية. وبقولنا: قال الشافعي في الأصح إذا قال بانعقاد بيعه، ومالك، وأحمد.

(**يقول أولًا له الخيار**): وبه قال الشافعي في وجه. وقال في وجه: لا ينعقد بيعه قولًا واحدًا.

(**اعتبارا**)؛ أي: قياسًا (**بخيار العيب**) وصورته: أن يجد البائع في الثمن عيبًا.

(**وهذا**)؛ أي: ثبوت الخيار له.

(**زوالاً**)؛ أي: في جانب البائع، فإنه لا يزول ملكه عنه إلا برضاه.

(**وثبوتًا**)؛ أي: في جانب المشتري، فإن المالك فيه لا يثبت له بدون رضاه.

أو زوالاً في حق المشتري؛ فإن ملكه في الثمن لا يزول بدون رضاه، وثبوتًا في حق البائع؛ فإن الملك في الثمن لا يثبت له بدون رضاه.

(**ولا يتحقق ذلك**)؛ أي: الرضا.

(**وذلك**)؛ أي: العلم بأوصاف المبيع يثبت (**بالرؤية**) لما ذكرنا أن الرؤية تتطلع على دقائق لا تحصل بالعبارة.

(**دونه**)؛ أي: دون الشراء، يعني: معلق بالشراء ورؤية المشترى.

فإن قيل: المعلق يجوز أن يوجد قبل وجود الشرط بسبب آخر، وهاهنا وجد القياس.

قلنا: لا يمكن إلحاق البائع بالمشتري فيه قياسًا ولا دلالة؛ لأنه ليس في معناه من كل وجه، ولا نظيره؛ لأن المشتري إنما يرده باعتبار أنه ظنه خيرًا،

وَرُوِيَ: أَنَّ عُثْمَانَ بنَ عَفَّانَ بَاعَ أَرضًا لَهُ بِالبَصرَةِ مِن طَلحَةَ بنِ عُبَيدِ اللَّهِ فَقِيلَ لِطَلحَةَ: إنَّك قَد غُبِنْتَ، فَقَالَ: لِي الخِيَارُ؛ لِأَنِّي اشتَرَيت مَا لَم أَرَهُ. وَقِيلَ لِعُثْمَانَ: إنَّك قَد غُبِنْتَ، فَقَالَ: لِي الخِيَارُ؛ لِأَنِّي بِعتُ مَا لَم أَرَهُ. فَحَكَّمَا بَينَهُمَا جُبَيرَ بنَ مُطعِمٍ. فَقَضَى بِالخِيَارِ لِطَلحَةَ، وَكَانَ ذَلِكَ بِمَحضَرٍ مِن الصَّحَابَةِ ﷺ.

ثُمَّ خِيَارُ الرُّؤيَةِ غَيرُ مُؤَقَّتٍ، بَل يَبقَى إلَى أَن يُوجَدَ مَا يُبطِلُهُ، وَمَا يُبطِلُ خِيَارَ الشَّرطِ مِن تَعَيُّبٍ أَو تَصَرُّفٍ يُبطِلُ خِيَارَ الرُّؤيَةِ، ثُمَّ إن كَانَ تَصَرُّفًا لَا يُمكِنُ رَفعُهُ

ولم يجده كذلك، فيرده لفوات وصف مرغوب فيه عنده، أما البائع فلو رد بحكم عدم الرؤية؛ فإنما رد باعتبار أن المبيع أزيد مما ظن، وهذا لا يوجب الخيار، كما لو باع عبدًا على أنه معيب فإذا هو سليم؛ لم يثبت له الخيار بالإجماع. كذا في الإيضاح.

على أنا نقول: هذا القياس مخالف لإجماع الصحابة؛ لما روي أن جبير بن مطعم قضى بعدم ثبوت الخيار للبائع بمحضر من الصحابة، ولم ينكر عليه أحد منهم، فكان إجماعًا منهم، والقصة مذكورة في المتن، ولهذا رجع أبو حنيفة حين بلغه الحديث.

قوله: (**ثم خيار الرؤية غير مؤقت**) سواء قبضه مستورًا أو لا.

وقيل: بأنه [٢/ ٧٥/ب] مؤقت بوقت إمكان الفسخ بعد الرؤية، وبه قال بعض أصحاب الشافعي، حتى إذا وقع بصره عليه ولم يفسخه سقط حقه؛ لأنه خيار تعلق بالاطلاع على حال المبيع، فأشبه الرد بالعيب.

وقال صاحب التهذيب وبعض أصحابه: يمتد إلى آخر مجلس الرؤية، وهذا أصح. كذا في شرح الوجيز[١]؛ لأنه خيار يثبت شرعًا للتروي، فصار كخيار المجلس. والأصح: أن هذا الخيار باق ما لم يوجد ما يبطله؛ لأنه ثبت حكمًا لانعدام الرضا، فيبقى إلى أن يوجد ما يبطل عدم الرضا.

قوله: (**وما يبطل خيار الشرط**) إلى آخره.

---

(١) العزيز شرح الوجيز للرافعي (٤/ ٦٣).

كَالإِعتَاقِ وَالتَّدبِيرِ أَو تَصَرُّفًا يُوجِبُ حَقًّا لِلغَيرِ كَالبَيعِ المُطلَقِ وَالرَّهنِ وَالإِجَارَةِ يُبطِلُهُ قَبلَ الرُّؤيَةِ وَبَعدَهَا؛ لِأَنَّهُ لَمَّا لَزِمَ تَعَذُّرُ الفَسخِ فَبَطَلَ الخِيَارُ، وَإِن كَانَ تَصَرُّفًا لَا يُوجِبُ حَقًّا لِلغَيرِ كَالبَيعِ بِشَرطِ الخِيَارِ، وَالمُسَاوَمَةُ وَالهِبَةُ مِن غَيرِ تَسلِيمٍ لَا يُبطِلُهُ قَبلَ الرُّؤيَةِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَربُو عَلَى صَرِيحِ الرِّضَا وَيُبطِلُهُ بَعدَ الرُّؤيَةِ لِوُجُودِ دَلَالَةِ الرِّضَا.

فإن قيل: يشكل على هذا الكلي مسألتان: إحداهما: ما لو اشترى دارًا لم يرها، فبيعت بجنبها دار فأخذها بالشفعة؛ لا يبطل خيار الرؤية في ظاهر الرؤية، ويبطل خيار الشرط.

والثانية: ما إذا عرض المشتري المبيع على البيع؛ بطل خيار الشرط ولا يبطل خيار الرؤية. والمسألتان في فتاوى قاضي خان.

قلنا: الأصل فيهما أن خيار الرؤية لا يبطل بصريح الرضا قبل الرؤية، فلا يبطل أيضًا، بدليل الرضا قبل الرؤية بالطريق الأولى؛ لأنه دونه، والأخذ بالشفعة والعرض على البيع دليل الرضا، فلا يعملان فيه بالإبطال.

وفي الذخيرة: اشترى جارية على أنه بالخيار، فاستخدمها مرة لا يبطل خياره؛ لأن الاستخدام يحتاج إلى الامتحان، وأنه يحل بدون الملك في الجملة، فلم يكن الاشتغال به مرة دليل الاختيار، بدليل ما لو وطئها؛ حيث يبطل خياره وإن كان الوطء محتاجا إليه للبيان؛ لأنه لا يعلم كونها صالحة بالنظر إليها، وإنما يبطل؛ لأن الوطء لا يحل بدون الملك، بخلاف الاستخدام؛ فإنه يحل بدونه، فكان الوطء اختيارًا للملك؛ لأن ذلك في ذلك النوع غير محتاج إليه للامتحان، والعرض على البيع، والتقبيل واللمس بشهوة، ولبس الثوب مرة أخرى، وركوب الدابة مرة أخرى، كل ذلك يسقطه؛ لما أنه غير محتاج إليه للامتحان، أو لا يحل في غير الملك.

قوله: (قبل الرؤية وبعدها): وفي شرح الأقطع: لو عاد إلى ملكه بسبب، كالرد بقضاء أو بفك الرهن أو بفسخ الإجارة؛ لم يرد بخيار الرؤية؛ لأنه بطل بعقده، فلا يعود بسبب ملكه.

فإن قيل: بطلان الخيار قبل الرؤية مخالف لحكم النص؛ لأنه أثبت الخيار إذا رآه.

قَالَ: (وَمَن نَظَرَ إِلَى وَجهِ الصُّبرَةِ، أَو إِلَى ظَاهِرِ الثَّوبِ مَطوِيًّا أَو إِلَى وَجهِ الجَارِيَةِ أَو إِلَى وَجهِ الدَّابَّةِ وَكَفَلَهَا فَلَا خِيَارَ لَهُ) وَالأَصلُ فِي هَذَا: أَنَّ رُؤيَةَ جَمِيعِ المَبِيعِ غَيرُ مَشرُوطٍ لِتَعَذُّرِهِ، فَيَكتَفِي بِرُؤيَةِ مَا يَدُلُّ عَلَى العِلمِ بِالمَقصُودِ.

وَلَو دَخَلَ فِي البَيعِ أَشيَاءُ، فَإِن كَانَ لَا تَتَفَاوَتُ ....

قلنا: ذاك فيما إذا أمكن العمل بحكم النص، وهذه التصرفات مبنية على الملك، وصحت هذه التصرفات بناء على قيام الملك، وبعد صحتهما لا يمكن رفعها، فيسقط الخيار ضرورة بطلان العقد، وخيار الرؤية بالشرط فيما إذا بقي حكم العقد. كذا في الذخيرة.

والمساومة: طلب البائع المشتري لبيع سلعته. كذا في الفوائد.

وفي المجتبى: لا يطالب المشتري بالثمن قبل الرؤية، ولا يتوقف الفسخ على القضاء والرضا، بل ينفسخ بمجرد قوله: رددت، سواء كان قبل قبض المشترى أو بعده، لكنه لا يصح إلا بمحضر من البائع عند أبي حنيفة ومحمد، خلافا لأبي يوسف، والخلاف فيه كالخلاف في خيار الشرط، والإجارة يصح بدونه، وليس في الدراهم والدنانير والديون خيار الرؤية.

ولو كان إناء من النقدين، أو تبرًا أو حليًّا مصاغًا؛ فله الخيار، ولو تبايعا عينا بعين؛ فلهما الخيار، ولو تبايعا عينًا بدين؛ فللمشتري العين الخيار.

قوله: (إلى وجه الجارية) ذكر الجارية وقع اتفاقا، فإن الحكم في الغلام كذلك؛ لأنه ذكر في الإيضاح: المعتبر في العبد والأمة النظر إلى الوجه؛ لأن سائر الأعضاء في العبيد والجواري تبع للوجه، ألا ترى أن القيمة تتفاوت بتفاوت الوجه مع التساوي في سائر الأعضاء.

(والأصل في هذا)؛ أي: في إسقاط خيار الرؤية.

(لتعذره)؛ أي: لتعذر رؤية الجميع على تأويل المذكور، أو كون رؤية الجميع مشروطًا؛ إذ البواطن والدقائق لا ترى، فكذا جميع الظاهر. أما في العبيد والإماء فظاهر؛ لأن رؤية عورتهما متعذرة، وأما في الثوب المطوي فيتضرر البائع بانكسار ثوبه، فيكتفي برؤية ما يدل على العلم بالمقصود.

(ولو دخل في البيع أشياء)؛ أي: من جنس واحد.

آحَادُهَا كَالمَكِيلِ وَالمَوزُونِ، وَعَلَامَتُهُ أَن يَعرِضَ بِالنَّمُوذَجِ يَكتَفِي بِرُؤيَةِ وَاحِد مِنهَا، إلَّا إذَا كَانَ البَاقِي أَردأَ مِمَّا رَأَى، فَحِينَئِذ يَكُونُ لَهُ الخِيَارُ. وَإِن كَانَ تَتَفَاوَت آحَادُهَا كَالثِّيَابِ وَالدَّوَابِّ لَا بُدَّ مِن رُؤيَةِ كُلِّ وَاحِد مِنهَا، وَالجَوزُ وَالبَيضُ ....

(آحَادُهَ)؛ أي: آحاد ذلك المبيع.

(**وعلامته**) [أي: علامة][1] الشيء الذي لا تتفاوت آحاده كالمكيل، هذا إذا كانت الحنطة أو غيرها من نوع واحد، فإنها لا تختلف، أما إذا كانت من أنواع مختلفة؛ فالخيار باق ما لم تر من كل نوع شيئًا. كذا في شرح الأقطع.

النموذج بالفتح، والأنموذج بالضم: تعريب (نموذه) كذا في المغرب[2].

قوله: (أردأ مما رأى فحينئذ يكون له الخيار): أطلق المصنف، ولكن ذكر في الينابيع: يثبت له خيار العيب لا خيار الرؤية، سواء كان في وعاء [٢/٧٦/أ] واحد أو في أوعية مختلفة بعد أن يتحد الكل في الجنس والصفة. كذا في شرح المجمع.

وفي الكافي: إذا كان أردأ له الخيار؛ لأنه إنما رضى بالصفة التي رآها لا بغيرها، وهذا التعليل يدل على أن له خيار الرؤية، وكذا سَوْقُ كلام المصنف، وما ذكر في المجتبى يدل على هذا أيضًا.

وفي جامع قاضي خان: قالت مشايخ بلخ: برؤية أحد الوعائين لا يبطل خياره، والصحيح: أنه يبطل؛ لأن برؤية البعض يعرف حال الباقي، فإن تغير الباقي له أن يرده.

وفي الذخيرة: في المكيل والموزون يكتفى برؤية البعض إذا كان في وعاء واحد، وإن كانا في وعائين يرى ما في أحدهما؛ اختلف المشايخ فيه:

قال مشايخ العراق: إذا رضي بما رأى يبطل خياره في الكل؛ إذا وجد ما في الوعاء الآخر مثل ما رأى أو فوقه، أما إذا رأى دونه فهو على خياره في الكل، ولكن لو أراد الرد يرد الكل.

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(٢) المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي (ص ٤٧٣).

مِن هَذَا القَبِيلِ فِيمَا ذَكَرَهُ الكَرخِيُّ، وَكَانَ يَنبَغِي أَن يَكُونَ مِثلَ الحِنطَةِ وَالشَّعِيرِ لِكَونِهَا مُتَقَارِبَة. إِذَا ثَبَتَ هَذَا فَنَقُولُ: النَّظَرُ إِلَى وَجهِ الصُّبرَةِ كَافٍ؛ لِأَنَّهُ يَعرِفُ وَصفَ البَقِيَّةِ؛ لِأَنَّهُ مَكِيلٌ يُعرَضُ بِالنَّمُوذَجِ، وَكَذَا النَّظَرُ إِلَى ظَاهِرِ الثَّوبِ مِمَّا يُعلَم بِهِ البَقِيَّةُ، إِلَّا إِذَا كَانَ فِي طَيِّهِ مَا يَكُونُ مَقصُودًا كَمَوضِعِ العَلَمِ، ....

(**من هذا القبيل**)؛ أي: من قبيل ما يتفاوت آحاده؛ لأنه يختلف بالصغر والكبر، وهو اختيار قاضي خان.

(**ينبغي أن يكون**)؛ أي: الجوز والبيض واللوز (**مثل الحنطة**)؛ لأن آحادها متقاربة، وقد صرح به في المحيط.

وفي المجرد: وهو الأصح، وبه قال بعض أصحاب الشافعي.

(**إذا ثبت هذا**)؛ أي: ما ذكرنا من التفصيل والتقرير.

(**النظر إلى وجه الصبرة كافٍ**) وهو ظاهر مذهب الشافعي. وفي تتمتهم: حكي عن الشافعي أنه لا تكفي رؤية ظاهر الصبرة، بل لا بد من تقلبها ليعرف حال باطنها. والمذهب المشهور هو الأول.

قوله: (**مما يعلم البقية**): قال فخر الإسلام: والنظر إلى مواضع الطي في الثياب إذا كانت المواضع مستوية؛ يقع على كل جزء من كل ثوب، فيعرف الكل به.

وفي المحيط: قيل: هذا في عرفهم، أما في عرفنا ما لم ير الباطن لا يسقط خياره.

وعند الشافعي: لا بد من نشره ورؤية كله في قول، وهو قول زفر؛ لأنه ليس بمثلي، فلا يعرف كله بدونه.

وقلنا: يستدل برؤية طرف منه على ما بقي؛ إذ لا تتفاوت أطراف الثوب الواحد إلا يسيرًا، وذا غير معتبر.

وفي المبسوط: الجواب على ما قال زفر، إلا إذا كان في طيه(١).

وفي الكافي: قالوا هذا إذا لم [يكن](٢) في طي الثوب ما يكون مقصودًا بالنظر، كموضع العلم ووجه العمامة؛ لأن المالية تتفاوت بحسبه.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ٧٧). (٢) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

وَالوَجهُ هُوَ المَقصُودُ فِي الآدَمِيِّ، وَهُوَ وَالكَفَلُ فِي الدَّوَابِّ فَيُعتَبَرُ رُؤيَةِ المَقصُودِ وَلَا يُعتَبَرُ رُؤيَةُ غَيرِهِ. وَشَرَطَ بَعضُهُم رُؤيَةَ القَوَائِمِ.

وَالأَوَّلُ: هُوَ المَروِيُّ عَن أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ.

وفي شرح المجمع: المسألة مفروضة في الثوب الذي لا يتفاوت ظاهره وباطنه، حتى لو خالف لا بد من رؤية ظاهره وباطنه.

(**والوجه هو المقصود في الآدمي**)؛ أي: العبد والأمة، حتى لو نظر إلى غيره لا يبطل خياره؛ لما ذكرنا أن سائر أعضائه تبع للوجه. وعند الشافعي: لا بد في العبد من رؤية الوجه والأطراف، ولا تجوز رؤية العورة.

وفي باقي البدن، ذكر في التهذيب: أنه لا بد من رؤيته في أظهر الوجهين، وفي الأمة له وجوه؛ أحدها: يعتبر رؤية ما يرى من العبد. والثاني: رؤية ما يبدو عند المهنة. والثالث: يكفي رؤية الوجه والكفين. وفي رؤية الشعر وجهان؛ أحدهما: في التهذيب: أصحهما: اشتراطه.

ولا يشترط رؤية اللسان والأسنان في أصح الوجهين. كذا في شرح الوجيز[١].

وفي الغاية: الأولى تحكيم العرف.

(**وهو**)؛ أي: الوجه (**والكفل في الدواب**) ولا يعتبر رؤية غيرهما؛ لأنهما مقصودان دون غيرهما، وهو رواية بشر عن أبي يوسف.

(**ولا يعتبر رؤية غيره**)؛ أي: غير المقصود، حتى لو رأى سائر أعضائه دون الوجه يبقى على خياره. وفي بعض النسخ: (**دون غيرها**)؛ أي: غير الثلاثة، وهي الوجه في الآدمي، والوجه والكفل في الدواب، والأول أصح.

(**بعضهم**)؛ أي: بعض المشايخ (**رؤية القوائم، والأول**) وهو رؤية الوجه والكفل (**المروي**) وهو رواية بشر عنه.

وفي المحيط: وهو الصحيح؛ لأنهما مقصودان منها.

وعنه ـ وهو وراية المعلى عنه ـ: يعتبر في الدواب عرف التجار.

---

(١) العزيز شرح الوجيز للرافعي (٥٨/٤).

وَفِي شَاةِ اللَّحمِ لَا بُدَّ مِن الجَسِّ، لِأَنَّ المَقصُودَ وَهُوَ اللَّحمُ يُعرَفُ بِهِ. وَفِي شَاةِ القِنيَةِ لَا بُدَّ مِن رُؤيَةِ الضَّرعِ. وَفِيمَا يُطعَمُ لَا بُدَّ مِن الذَّوقِ، لِأَنَّ ذَلِكَ هُوَ المُعَرِّفُ لِلمَقصُودِ.

وعند محمد: يكفي رؤية الوجه؛ اعتبارا بالعبد والأمة. وعند الشافعي: لا بد من رؤية الوجه والكفل والقوائم.

ويجب رفع السرج والإكاف والجل. وعن بعض أصحابه: أنه لا بد من أن يجري الفرس بين يديه ليعرف سيره. كذا في شرح الوجيز(١).

(**لا بد من الجس**)؛ ليظهر أثر الهزال والسمن.

وفي الصحاح: جسه بيده واجتسه مسه(٢). وبالفارسية (ما ليدن دست بو بست كوفسندشاه).

القنية: هي التي تحبس في البيت لأجل النتاج.

وفي المغرب: قَنَوْتُ المال جمعته قنوًا وقنوة، واقتنيته: اتخذته لنفسي قنية، أي: أخذ المال للنسل لا للتجارة(٣).

وفي الصحاح: قنوت الغنم وغيرها قِنْوَةً وقُنْوَةً، وقَنَيْتُ أيضاً قِنْيَةً وقُنْيَةً إذا اقتنيتها لنفسك لا للتجارة(٤).

وفي الذخيرة: لا بد من النظر إلى ضرعها وسائر جسدها.

(**لأن ذلك**)؛ أي: [٢/ ٧٦/ ب] الذوق (**هو المعرف للمقصود**) ولا خلاف فيه.

وفي المجتبى: في المحيط: عن أبي حنيفة: في البرذون أو الحمار أو البغل يكفي أن يرى شيئًا منه، إلا الحافر والذنب والناصية، وفيما يطعم لا بد من الذوق، وفي البساط لا بد من رؤية جميعه، وما كان له وجهان من الثياب وغيره يشترط رؤية كلا الوجهين.

ولو نظر إلى ظهور الكاعب؛ لا يبطل خياره، ولو نظر إلى وجهها دون الصرم؛ يبطل.

---

(١) العزيز شرح الوجيز للرافعي (٤/ ٥٨).

(٢) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية للجوهري (٣/ ٩١٣).

(٣) المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي (ص ٣٩٥).

(٤) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية للجوهري (٦/ ٢٤٦٧).

قَالَ: (وَإِن رَأَى صَحنَ الدَّارِ فَلَا خِيَارَ لَهُ وَإِن لَم يُشَاهِد بُيُوتَهَا) وَكَذَلِكَ إِذَا رَأَى خَارِجَ الدَّارِ أَو رَأَى أَشجَارَ البُستَانِ مِن خَارِجٍ. وَعِندَ زُفَرَ: لَا بُدَّ مِن دُخُولِ دَاخِلِ البُيُوتِ(*)، وَالأَصَحُّ: أَنَّ جَوَابَ الكِتَابِ عَلَى وِفَاقِ عَادَتِهِم فِي الأَبنِيَةِ، فَإِنَّ دُورَهُم لَم تَكُن مُتَفَاوِتَة يَومَئِذ، فَأَمَّا اليَومُ فَلَا بُدَّ مِن الدُّخُولِ فِي دَاخِلِ الدَّارِ لِلتَّفَاوُتِ، وَالنَّظَرُ إِلَى الظَّاهِرِ لَا يُوقِعُ العِلمَ بِالدَّاخِلِ.

قلت: وينبغي أن يشترط رؤية الصرام في زماننا؛ لتفاوته وكونه مقصودا.

وفي الجبة لو رأى باطنها؛ لم يبطل خياره وإن كان على البطانة فرو، إلا إذا كانت الظهيرة حقيرة غير مقصودة. وفي الوسادة المحشوة لو رأى ظاهرها، فإن كانت محشوًّا مما يحشى مثلها؛ يبطل خياره، وإن كانت مما لا يحشى مثلها؛ فله الخيار.

ولو اشترى رَحًى بآلاتها لا بد من رؤية كلها، وكذا السرج بأداته ولبده لا بُدّ من رؤية الكل.

قوله: (وعند زفر: لا بد من دخول داخل البيت): وعند الشافعي: لا بد مع ذلك من رؤية السقوف والسطوح والجدران خارجًا وداخلاً، ورؤية المُستَحَمِّ والبالوعة، وبه قال الحسن بن زياد.

والمراد بالكتاب: القدوري.

(عادتهم)؛ أي: عادة أهل الكوفة أو أهل بغداد في زمن أبي حنيفة، فأما اليوم الذي في ديارنا لا بد من الدخول كما قال زفر؛ لتفاوت حال الدار بقلة المرافق وكثرتها، وذلك لا يصير معلوما بالنظر إلى صحتها، وهو الصحيح اليوم.

وجه الظاهر: أن النظر إلى جميع أجزائها متعذر؛ فإنه لا يمكن النظر إلى ما تحت السرر وإلى ما بين الحيطان من الجذوع والأسطوانات، وإذا تعذر رؤية الكل؛ أقمنا رؤية جزء مقصود منها مقام رؤية الجميع تيسيرا. كذا في المبسوط(١). وبه يعلم جواب قول الشافعي.

(*) الراجح: قول زفر.

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ٧٧).

قَالَ: (وَنَظَرُ الوَكِيلِ كَنَظَرِ المُشتَرِي حَتَّى لَا يَرُدَّهُ إِلَّا مِن عَيبٍ، وَلَا يَكُونُ نَظَرُ

وفي المحيط، والذخيرة: بعض مشايخنا قال: في الدور يعتبر رؤية ما هو المقصود، حتى كان في الدار بيتان شتويان وبيتان صيفيان، وبيت طابق؛ يشترط رؤية الكل، كما يشترط رؤية صحن الدار، ولا يشترط رؤية المطبخ والمزبلة والعلو، إلا في بلد يكون العلو مقصودا، كما في سمرقند.

وبعضهم شرط رؤية الكل، وهو الأظهر والأشبه كما قال الشافعي.

وفي البستان يسقط الخيار برؤية خارجه أو رؤوس أشجاره في ظاهر الرواية، وأنكر بعض المشايخ هذه الرواية وقال: بأن المقصود من البستان باطنه، فلا يبطل برؤية خارجه أو رؤوس أشجاره في ظاهر الرواية. كذا في شرح المجمع.

وفي جامع قاضي خان: في الكرم لا يكتفى برؤية الخارج ورؤوس الأشجار.

وفي المحيط: هذا عندهم، أما في بلادنا لا بد من رؤية ظاهر الكرم [وداخله، وفي عنب الكرم](١) لا بد أن يرى من كل نوع شيئًا، وفي النخل كذلك، وفي الرمان من الحلو والحامض.

وعند الشافعي: في البستان لا بد من رؤية الأشجار والجدران ومسايل الماء، لا رؤية أساس البستان وعروق الأشجار ونحوها. وفي رؤية طريق الدار ومجرى الماء الذي يدور به الرحاء طريقان. كذا في شرح الوجيز(٢).

اشترى دهنا في زجاج، فنظر إلى الزجاج؛ لا يكفي ذلك حتى يصبه في كفه عند أبي حنيفة، وبه قال أصحاب الشافعي؛ لأنه لم ير الدهن حقيقة لوجود الحائل. وعن محمد: أنه يكفي؛ لأن الزجاج لا يخفي صورة الدهن. وروى هشام أن قول محمد موافق لقول أبي حنيفة.

قوله: (ونظر الوكيل) إلى آخره: يعني: نظره مكشوفًا.

وقيل: الفرق بين الرسول والوكيل؛ أن الوكيل لا يضيف العقد إلى موكله، بل يعقد بالاستبداد، والرسول لا يستغني عن الإضافة إلى المرسل، وإليه

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(٢) العزيز شرح الوجيز للرافعي (٤/ ٥٧).

الرَّسُولِ كَنَظَرِ المُشتَرِي، وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: هُمَا سَوَاءٌ، وَلَهُ أَن يَرُدَّهُ(*) **قَالَ: مَعنَاهُ الوَكِيلُ بِالقَبضِ، فَأَمَّا الوَكِيلُ بِالشِّرَاءِ: فَرُؤيَتُهُ تُسقِطُ الخِيَارَ بِالإِجمَاعِ، لَهُمَا: أَنَّهُ تَوَكَّلَ بِالقَبضِ دُونَ إِسقَاطِ الخِيَارِ فَلَا يَملِكُ مَا لَم يَتَوَكَّل بِهِ وَصَارَ كَخِيَارِ العَيبِ وَالشَّرطِ وَالإِسقَاطِ قَصدًا. وَلَهُ: أَنَّ القَبضَ نَوعَانِ: تَامٌّ وَهُوَ أَن يَقبِضَهُ وَهُوَ يَرَاهُ. وَنَاقِصٌ: وَهُوَ أَن يَقبِضَهُ مَستُورًا، وَهَذَا؛ لِأَنَّ تَمَامَهُ بِتَمَامِ الصَّفقَةِ، وَلَا تَتِمُّ مَعَ بَقَاءِ خِيَارِ الرُّؤيَةِ** ....

الإشارة في قوله ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلرَّسُولُ بَلِّغۡ مَآ أُنزِلَ إِلَيۡكَ مِن رَّبِّكَ﴾ [المائدة:٦٧] الآية، وقوله تعالى: ﴿وَمَآ أَنتَ عَلَيۡهِم بِوَكِيلٖ﴾ [الأنعام:١٠٧] ﴿قُل لَّسۡتُ عَلَيۡكُم بِوَكِيلٖ﴾ [الأنعام:٦٦] نفى الوكالة وأثبت الرسالة.

وفي الفوائد: صورة التوكيل: أن يقول المشتري لغيره: كن وكيلا عني في قبض المبيع، أو وكلتك بقبضه. وصورة الرسول: أن يقول: كن رسولاً عني في قبضه، أو أمرتك بقبضه، أو قال: قل لفلان أن يدفع المبيع إليك.

وقيل: لا فرق بين الرسول والوكيل في قبض الأمر بأن قال: اقبض المبيع، فلا يسقط الخيار، وإنما قال: الوكيل بالشراء لا يسقط الخيار بالإجماع، وبه قال أصحاب الشافعي. ذكر في تتمتهم.

(**لهما**: [**أنه**])(١) أي: الوكيل بالقبض (**توكل**)؛ أي: قبل الوكالة فيما إذا (**قبضه مستورًا**) يعني: الوكيل بالقبض، [فيصير مستورًا ثم رآه بعد القبض](٢) وأسقط الخيار قصدًا؛ لا يسقط بالإجماع.

(**هو أن يقبضه**)؛ أي: الوكيل (**وهو**)؛ أي: الوكيل (**يراه**). (**لأن تمامه**)؛ أي: [٢/ ٧٧/ أ] تمام القبض بتمام الصفقة، وتمام الصفقة بتمام الرضا.

(**ولا تتم**)؛ أي: الصفقة (**مع بقاء خيار الرؤية**)؛ لأن الرضا لا يتم معه، فيصير القبض بسقوط الخيار، بحيث لا يرد عليه النقص فيكون تامًّا. ولأن تفريق الصفقة بعد هذا القبض جائز، بأن يشتري شيئان وقبضهما وهو يراهما، ثم وجد بأحدهما عيبًا، فلو رده خاصة يجوز، ولا يلزم تفريق الصفقة، بخلاف ما إذا

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

وَالمُوَكِّلُ مَلَكَهُ بِنوعَيهِ، فَكَذَا الوَكِيلُ. وَمَتَى قَبَضَ المُوَكِّلُ وَهُوَ يَرَاهُ سَقَطَ الخِيَارُ فَكَذَا الوَكِيلُ لِإِطلَاقِ التَّوكِيلِ.

قبضهما مستورين ثم وجد بأحدهما عيبًا لا يرد خاصة، بل يردهما لو أراد كما قبل القبض.

فإن قيل: هذا الوكيل لم يقم مقام الموكل في المسألتين، إحداهما: أن الوكيل لو رأى قبل القبض لم يسقط به خيار الرؤية، ولو قام مقامه لسقط كالموكل. والمسألة في الأسرار.

والثانية: أن الموكل إذا قبضه مستورًا ثم رآه بعد القبض، وأسقط الخيار قصدا؛ يبطل الخيار، ولو فعل ذلك الوكيل لا يسقط، فينبغي ألا يقوم مقامه في النظر عند القبض.

قلنا: فيما نحن فيه وهو إن قبضه الوكيل وهو يراه إنما يبطل خياره ضمنا لإتمام قبضه؛ لما ذكرنا أن ببقاء الخيار لا يتم القبض، فمن ضرورة إتمام قبضه سقوط الخيار، وكذلك لم يملك إسقاطه قصدا.

وفي الأسرار: يملك الوكيل إسقاطه بمقتضى تمام العقد، فينفذ بقدره، فلم يملك قصدًا، ولهذا لا يملك الوكيل بالقبض الفسخ؛ لأنه لم يؤمر به، وكذلك الإجازة قبل القبض وإن رأى بعده؛ لأنه لم يوكل به، وإنما وكل بالقبض التام، فمن ضرورته سقوط الخيار، وكذلك لو قبضه مستورًا لم يملك إسقاط الخيار قصدًا، واكتفى بالقبض الناقص؛ لوجود صورة القبض وإن كان ناقصًا، فلو أسقطناه قصدًا لكان إسقاطه مقصودًا وهو لا يملك ذلك، فيبطل تصرفه فيما لا يوكل به. بخلاف الموكل؛ لأنه يملكه، وبخلاف خيار العيب؛ فإنه لا يمنعه تمام الصفقة، فلا يمنعه تمام القبض، ولهذا لا يملك الرد بالعيب بعد القبض.

يوضحه: أن خيار العيب لثبوت حق المطالبة بتسليم الجزء الفائت، وذلك للموكل فلا يملك الوكيل إسقاطه؛ لأنه فوض إليه الاستيفاء دون الإسقاط. كذا في المبسوط[١].

(والموكل يملكه)؛ أي: القبض (بنوعيه) وهما التام والناقص بالناقص منه، أي: من القبض.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ٧٤).

وَإِذَا قَبَضَهُ مَسْتُورًا انتَهَى التَّوكِيلُ بِالنَّاقِصِ مِنهُ، فَلَا يَملِكُ إِسقَاطَهُ قَصدًا بَعدَ ذَلِكَ، بِخِلَافِ خِيَارِ العَيبِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمنَعُ تَمَامَ الصَّفقَةِ فَيَتِمُّ القَبضُ مَعَ بَقَائِهِ، وَخِيَارُ الشَّرطِ عَلَى هَذَا الخِلَافِ. وَلَو سُلِّمَ فَالمُوَكِّلُ لَا يَملِكُ التَّامَّ مِنهُ فَإِنَّهُ لَا يَسقُطُ

فإن قيل: ينبغي ألا ينتهي؛ لأن الموكل يملك نوعيه، فكذا الوكيل لأنه نائبه.

قلنا: يملك النوعين على سبيل البدل لا الشمول؛ لأن قوله: وكلتك بالقبض مطلق لا عام، فيتناول أحدهما لا على التعيين، فإذا اختار أحدهما لا تبقى الوكالة بعد، كما لو وكل بشراء جارية تركية أو رومية أو هندية، فبشراء أحدهما لا تبقى له ولاية شراء أخرى. إليه أشير في المبسوط والكافي.

(لأنه)؛ أي: خيار العيب **(لا يمنع تمام الصفقة)** على اعتبار السلامة؛ إذ العقد ورد على التسليم ظاهرا، ولهذا لا يملك الرد بالعيب إلا بقضاء [أو رضا][1]، وفي خيار الرؤية الشرط ينفرد بالرد بدونهما، على أن من أصحابنا من قال: إن خيار العيب على هذا الخلاف. ذكر في الفوائد للقدوري.

فإن قيل: الوكيل بعقد الكتابة لا يملك قبض بدل الكتابة، وفي قبضه إتمام العقد الذي وكل به.

قلنا: العقد تام وإن لم يقبض المال؛ لأنه ليس لأحد من المتعاقدين فسخه إلا برضا الآخر، أو بعجز المكاتب.

قوله: **(وخيار الشرط على الخلاف)**: ذكره القدوري، وهو رواية الهندواني.

ووجهها: أنه لما ملك القبض بنوعيه، ومن ضرورة ملكه قبض التام أن يسقط خيار الشرط بقبض الوكيل؛ لأن التام منه لا يحصل بخيار الشرط، كما لا يحصل بخيار الرؤية. إليه أشير في الذخيرة والأسرار.

(ولئن سلم): وفي الكافي: وهو الأصح **(التام منه)**؛ أي: من القبض، يعني: لو اشترى بشرط الخيار ليتروى فيه بعد القبض لا يسقط خياره بقبض

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

بِقَبضِهِ؛ لِأَنَّ الِاختِيَارَ وَهُوَ المَقصُودُ بِالخِيَارِ يَكُونُ بَعدَهُ، فَكَذَا لَا يَملِكُهُ وَكِيلُهُ، وَبِخِلَافِ الرَّسُولِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَملِكُ شَيئًا، وَإِنَّمَا إِلَيهِ تَبلِيغُ الرِّسَالَةِ وَلِهَذَا لَا يَملِكُ القَبضَ وَالتَّسلِيمَ إِذَا كَانَ رَسُولاً فِي البَيعِ.

قَالَ: (وَبَيعُ الأَعمَى وَشِرَاؤُهُ جَائِزٌ، وَلَهُ الخِيَارُ إِذَا اشتَرَى) لِأَنَّهُ اشتَرَى مَا لَم

الموكل؛ لأن شرع خيار الشرط الاختبار، وذا بالتأمل بعد القبض، وهذا المعنى يفوت ببطلان الخيار بتقدير القبض.

(لأنه)؛ أي: الرسول (شيئًا)؛ أي: شيئًا من القبض لا التام ولا الناقص؛ لأنه لم يؤمر بالقبض، وإنما أمر بأداء الرسالة إليه بالتسليم، فيملك أداء الرسالة على أكمل الوجوه؛ ألا ترى أن البائع إذا لم يسلم إليه لا يملك الرسول الخصومة معه لما قلنا. كذا في الأسرار.

(ولهذا لا يملك)؛ أي: (الرسول القبض)؛ أي: قبض الثمن إذا كان رسولا بالبيع، أو قبض المبيع إذا كان رسولا في الشراء. [٢/ ٧٧/ ب]

وفي بعض النسخ: (التسليم) مكان (القبض) تسليم المبيع أو الثمن باعتبار الحالتين.

وصورة الرسول بالبيع: أن يقول المرسل: قل لفلان أني اشتريت مبيعك المعين، فقال فلان: بعت من فلان بكذا، فقال الرسول: اشتريت للمرسل، ولهذا يحتاج كل واحد منهما إلى إضافة الصيغة إليه، أما الوكيل بالبيع والشراء يملك القبض.

وفي المجتبى: يصح التوكيل برؤية ما اشتراه، فيلزم العقد إن رضي، ويفسخ إن شاء، وبه قال الشافعي في وجه؛ لأنه من أحكام العقد، فيصح التوكيل به كما في العقد.

وقال شيخ الإسلام: لا يصح، وبه قال الشافعي في وجه؛ لأن طريق التشهي لا تدخله النيابة، كما لو أسلم على عشرة ووكل باختيار أربعة منها؛ لا يصح التوكيل بهذا، فكذا هذا.

قوله: (وبيع الأعمى وشراؤه جائز): وبه قال مالك وأحمد والشافعي في

يَرَهُ وَقَد قَرَّرنَاهُ مِن قَبلُ (ثُمَّ يَسقُطُ خِيَارُهُ بِجَسِّهِ المَبِيعَ إِذَا كَانَ يُعرَفُ بِالجَسِّ، وَبِشَمِّهِ إِذَا كَانَ يُعرَفُ بِالشَّمِّ، وَبِذُوقِهِ إِذَا كَانَ يُعرَفُ بِالذَّوقِ) كَمَا فِي البَصِيرِ (وَلَا يَسقُطُ خِيَارُهُ فِي العَقَارِ حَتَّى يُوصَفَ لَهُ) لِأَنَّ الوَصفَ يُقَامُ مَقَامَ الرُّؤيَةِ ....

قول. وفي قول: لم يجوز بيع الغائب لم يجز بيعه وشراؤه أيضًا(١)؛ لأنه قال: إذا جوزنا بيع الغائب يثبت فيه خيار الرؤية، وهاهنا لا سبيل إليه؛ إذ لا رؤية له. والثاني: أنه يجوز؛ لأنه يمكن أن يقام وصف غيره مقام رؤيته، كما تقام الإشارة مقام النطق في حق الأخرس. هذا في شرح الوجيز(٢).

وهذا الخلاف فيمن هو أعمى وقت العقد ولم يكن بصيرًا، أما إن كان بصيرًا فعمي بعد ذلك؛ لا خلاف في جواز بيعه، وقد قررناه من قبل في أول الباب.

ولأن الناس تعارفوا معاملة العميان من غير نكير أحد، والتعامل بلا نكير أصل في الشرع بمنزلة إجماع المسلمين. ولأنه روي عن عمر ﷺ: أن حبان بن منقد كان ضريرًا. رواه الدارقطني(٣)، وما منعه النبي ﷺ من البيع والشراء، ولا غيره من العميان مثل ابن عباس والعباس، وجابر وابن عمر. ولأنهم ما امتنعوا عن البيع والشراء.

ثم من أصل الشافعي: أن من لا يملك أن يشتري بنفسه لا يملك أن يأمر غيره، فإذا احتاج الأعمى إلى مأكول ولا يتمكن من الشراء بنفسه ولا الوكالة؛ مات جوعا، وفيه من القبح ما لا يخفى. كذا في المبسوط(٤).

(حتى يوصف له): وفي جامع العتابي: الوصف في العقار: إن وقف في مكان لو كان بصيرا لرآه، ثم يذكر صفة العقار.

وفي المبسوط: المقصود دفع الغبن، وذلك يحصل بذكر الوصف إذا وصفه بأبلغ ما يمكن، وإن كان بالرؤية أتم(٥).

---

(١) كذا بالأصل، وفي العزيز: "إذا لم نجوز شراء الغَائب وبيعه لم يجز بيع الأعمى وشراؤه، وإن جوّزناه فوجهان:
أظهرهما: أنه لا يجوز أيضاً.
(٢) العزيز شرح الوجيز للرافعي (٤/ ٥٢).
(٣) سنن الدارقطني (٤/ ٦ برقم ٣٠٠٧).
(٤) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ٧٧).
(٥) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ٧٧).

كَمَا فِي السَّلَمِ ....

(كما في السلم)؛ يعني: أن الوصف يقام مقام وجود المسلم فيه، وإن كان المسلم فيه معدومًا للعجز، والعجز في حق الأعمى ألزم؛ لأن رؤية المسلم فيه ممكن، أما رؤية الأعمى غير ممكن، فيقوم الوصف مقام الرؤية في حقه بالطريق الأولى، كتحريك الشفتين.

وفي الفوائد الظهيرية: المصير إلى التشبه عند إعواز الحقيقة واجب، كإجراء موسى على المحرم الذي لا شعر له، وتحريك الشفتين للأخرس عند القراءة.

ولو وصف له ثم أبصر؛ فلا خيار له لتمام العقد به وسقوط الخيار فلا يعود، ولو اشترى ثم عمي ينتقل الخيار إلى الوصف؛ لأن النقل من الرؤية إلى الوصف للعجز وقد تحقق. كذا في الذخيرة.

وعن أبي يوسف: أنه اعتبر الوصف في غير العقار، ولم يعتبر الشم والذوق والجس؛ لما أن الوصف يقوم مقام الرؤية كما ذكرنا.

وفي المبسوط: قال بعض مشايخنا ـ وهم أئمة بلخ ـ : يمس الحيطان والأشجار، فإذا قال: رضيت سقط خياره؛ لأن الأعمى إذا كان ذكيًّا يقف على مقصوده من ذلك بالمس.

وحكي أن أعمى اشترى أرضًا فقال: قودوني إليها، فقادوه، فجعل يمس الأرض حتى انتهى إلى موضع منها فقال: أموضع كدس هذا، قالوا: لا، فقال: هذه الأرض لا تصلح؛ لأنها لا تكسو نفسها فكيف تكسوني، وكان كما قال. فإذا كان الأعمى بهذه الصفة ورضي بها بعد ما مسها سقط خياره[1].

وفي شرح القدوري: وهو رواية بشر وابن سماعة في الدار.

وفي الكامل: عن محمد: يعتبر اللمس في الثياب والحنطة، وفي المذوق الذوق، إلا إذا كان الثمر على النخل فوصف له؛ جاز، وفي العقار والدور يوصف له، وقيل: يمس الحيطان والبنيان.

(١) المبسوط للسَّرَخسِي (١٣/ ٧٧).

وَعَن أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ: أَنَّهُ إِذَا وَقَفَ فِي مَكَان لَو كَانَ بَصِيرًا لَرَآهُ وَقَالَ: «قَد رَضِيتُ»، سَقَطَ خِيَارُهُ، لِأَنَّ التَّشَبُّهَ يُقَامُ مَقَامَ الحَقِيقَةِ فِي مَوضِعِ العَجزِ، كَتَحرِيكِ الشَّفَتَينِ يُقَامُ مَقَامَ القِرَاءَةِ فِي حَقِّ الأَخرَسِ فِي الصَّلَاةِ، وَإِجرَاءُ المُوسَى مَقَامَ الحَلقِ فِي حَقِّ مَن لَا شَعرَ لَهُ فِي الحَجِّ.

وَقَالَ الحَسَنُ: يُوَكِّلُ وَكِيلًا بِقَبضِهِ وَهُوَ يَرَاهُ، وَهَذَا أَشبَهُ بِقَولِ أَبِي حَنِيفَةَ(*)، لِأَنَّ رُؤيَةَ الوَكِيلِ كَرُؤيَةِ المُوَكِّلِ عَلَى مَا مَرَّ آنِفًا.

(**وعن أبي يوسف: لو وقف في مكان لو كان بصيرًا لرآه، فقال: رضيت؛ سقط**) وهذا بعيد؛ لأنه لا يستفاد به فائدة.

وفي الجملة: ما يقف به على صفة المبيع فهو المعتبر، فحينئذ لا تختلف هذه الروايات في المعنى؛ لأن الخيار ثابت للأعمى لجهله بصفات المبيع، فإذا زال ذلك بأي وجه زال؛ سقط خياره.

(**وقال الحسن بن زياد: يوكل**) وهذا رواية عن أبي حنيفة.

(**وهذا**)؛ أي: قول الحسن (**أشبه بقول أبي حنيفة**) لجعله رؤية الوكيل كرؤيته، فيستقيم على أصله، [٢/ ٧٨/أ] يكون تفريقًا للصفقة، وتفريق الصفقة منهي بالإجماع؛ لما روي أنه عليه السلام «**نهى عن تفريق الصفقة**».

فإن قيل: ينبغي أن تكون في هذه الصورة، ولأنه رد أحدهما الذي لم يره؛ لقوله عليه السلام: «**من اشترى...**»(١) الحديث.

قلنا: العمل بموجب قوله: (نهى عن تفريق الصفقة) محكم في إفادة التحريم، يعني: موجبه ثابت في جميع الصور(٢)، وموجب حديث خيار الرؤية لم يكن ثابتا في جميع الصور، بدليل أنه لا يملك الرد إذا تعيب أو أعتق أو دبر أحد العبدين، فكان النهي عن النهي عن تفريق الصفقة راجحًا، وهو الجواب المنقول عن العلامة شمس الأئمة الكردري.

والثاني: أن قوله: (نهى) محرم للرد، وحديث الخيار مبيح للرد، والمحرم راجح على المبيح.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) سبق تخريجه.

(٢) حصل تكرار في الأصل.

قَالَ: (وَمَن رَأَى أَحَدَ الثَّوبَينِ فَاشتَرَاهُمَا ثُمَّ رَأَى الآخَرَ جَازَ لَهُ أَن يَرُدَّهُمَا) لِأَنَّ رُؤيَةَ أَحَدِهِمَا لَا تَكُونُ رُؤيَةَ الآخَرِ لِلتَّفَاوُتِ فِي الثِّيَابِ فَبَقِيَ الخِيَارُ فِيمَا لَم يَرَهُ، ثُمَّ لَا يَرُدُّهُ وَحدَهُ بَل يَرُدُّهُمَا كَي لَا يَكُونَ تَفرِيقًا لِلصَّفقَةِ قَبلَ التَّمَامِ، وَهَذَا؛

والثالث: أن قوله: (نهى) متأخر عن المبيح، وإلا يلزم تكرار الفسخ.

والرابع: أن الرد كما كان غير ممكن؛ لأن المشترى ثوبين لا أحدهما.

وفي الفوائد الظهيرية: هذا تفريق قبل تمامها فلا يجوز؛ اعتبارًا بابتداء الصفقة، فإنه أوجب البيع في شيئين لا يملك المشتري القبول في أحدهما؛ لما فيه من الإضرار بالبائع؛ لجريان العادة بين الناس بضم الرديء إلى الجيد ترويجًا للرديء بالجيد.

فإن قيل: هذا المعنى موجود في خيار العيب بعد القبض، ومع ذلك يملك التفريق وإن كان فيه إضرار بالبائع.

قلنا: التفريق قبل القبض أضر لمكان التفرد والاستبداد بالرد؛ لأنه يزيد بمجرد الرد، والتفريق بعد القبض أخف إضرارا؛ لافتقار الرد بعد القبض إلى القضاء والرضا.

قوله: (بل يردهما) وبه قال الشافعي.

فإن قيل: ما الفرق بين هذا وبين مسألة الاستحقاق، فإنه لو استحق أحدهما لا يرد الباقي، وهاهنا في خيار الشرط يرد الآخر إذا رد أحدهما.

قلنا: الفرق أن في خيار الرؤية والشرط لو رد أحدهما يلزم تفريق الصفقة قبل التمام؛ لما أن الصفقة لا تتم معهما، وفي فصل الاستحقاق لم تتفرق الصفقة قبل التمام، فإن الصفقة تمت فيما كان ملك البائع، فلم يثبت في الباقي عيب الشركة، حتى لو كان المبيع عبدًا واحدًا في فصل الاستحقاق، فلو استحق بعضه كان له أن يرد الباقي أيضًا، كما في خيار الرؤية والشرط؛ لأن الشركة في الأعيان المجتمعة عيب، والمشتري لم يرض بهذا العيب، وفي فصل الاستحقاق ولاية رد الباقي لدفع ضرر يلزم المشتري، وفي خيار الرؤية والشرط لزم رد الآخر؛ لدفع ضرر يلزم البائع. إليه أشير في جامع قاضي خان.

لِأَنَّ الصَّفقَةَ لَا تَتِمُّ مَعَ خِيَارِ الرُّؤيَةِ قَبلَ القَبضِ وَبَعدَهُ، وَلِهَذَا يَتَمَكَّنُ مِن الرَّدِّ بِغَيرِ قَضَاء وَلَا رِضا وَيَكُونُ فَسخًا مِن الأَصلِ.

(وَمَن مَاتَ وَلَهُ خِيَارُ الرُّؤيَةِ بَطَلَ خِيَارُهُ) لِأَنَّهُ لَا يَجرِي فِيهِ الإِرثُ عِندَنَا، وَقَد ذَكَرنَاهُ فِي خِيَارِ الشَّرطِ (وَمَن رَأَى شَيئًا ثُمَّ اشتَرَاهُ بَعدَ مُدَّة، فَإِن كَانَ عَلَى الصِّفَةِ الَّتِي رَآهُ فَلَا خِيَارَ لَهُ) لِأَنَّ العِلمَ بِأَوصَافِهِ حَاصِلٌ لَهُ بِالرُّؤيَةِ السَّابِقَةِ، وَبِفَوَاتِهِ يَثبُتُ الخِيَارُ، إِلَّا إِذَا كَانَ لَا يَعلَمُهُ مَرئِيَّهُ لِعَدَمِ الرِّضَا بِهِ (وَإِن وَجَدَهُ مُتَغَيِّرًا فَلَهُ الخِيَارُ) لِأَنَّ تِلكَ الرُّؤيَةَ لَم تَقَع مُعلِمَة بِأَوصَافِهِ فَكَأَنَّهُ لَم يَرَهُ، وَإِن اختَلَفَا فِي التَّغَيُّرِ فَالقَولُ لِلبَائِعِ، لِأَنَّ التَّغَيُّرَ حَادِثٌ وَسَبَبُ اللُّزُومِ ظَاهِرٌ، ....

(وبعده)؛ أي: بعد القبض، يعني: فيما إذا قبضه مستورًا. كذا قيل، ولا حاجة إلى هذا؛ لأن خيار الرؤية يبقى إلى أن يوجد ما يبطله.

(فسخًا من الأصل) لعدم تحقق الرضا؛ لعدم العلم بصفات المعقود عليه، فلا يحتاج إلى القضاء والرضا، بخلاف خيار العيب بعد القبض؛ فإنه لا يرد إلا بالرضا أو القضاء لتمام البيع.

وعند الشافعي: في خيار العيب بعد القبض كذلك، فهو فسخ من الأصل أيضًا.

قوله: (وبفواته)؛ أي: بفوات العلم بأوصافه (يثبت له الخيار) وبه قال الشافعي في الأصح، على قول يجوز بيع الغائب.

(لا يعلمه مَرْئِيَّهُ)؛ أي: لا يعلم أنه هو الذي رآه.

وقوله: (إلا إذا كان) استثناء من قوله: (فلا خيار له).

(فالقول للبائع)؛ أي: مع يمينه، وبه قال الشافعي في وجه، فإن البيع عنده صحيح في الأصح.

وفي أظهر الوجهين عنده: القول للمشتري؛ لأن البائع يدعي عليه الاطلاع على هذه الصفة وهو ينكر، فالقول له، كما إذا ادعى الاطلاع على العيب وهو ينكر. كذا في شرح الوجيز[1].

---

(١) العزيز شرح الوجيز للرافعي (٤/ ٥٥).

إِلَّا إِذَا بَعُدَت المُدَّةُ عَلَى مَا قَالُوا، لِأَنَّ الظَّاهِرَ شَاهِدٌ لِلمُشتَرِي، بِخِلَافِ مَا إِذَا اختَلَفَا فِي الرُّؤيَةِ، لِأَنَّهَا أَمرٌ حَادِثٌ وَالمُشتَرِي يُنكِرُهُ فَيَكُونُ القَولُ قَولَهُ.

قَالَ: (وَمَن اشتَرَى عِدلَ زُطِّيٍّ وَلَم يَرَهُ ....

وفي تتمتهم: قال أصحابنا: القول للبائع؛ إذ الأصل في العقد لزومه.

وقال صاحب التفريق: القول للمشتري، وهذا يدل على أن الأظهر هو الأول، وما ذكر في المبسوط يدل أيضًا، فإنه ذكر فيه: أن القول للبائع مع يمينه؛ لأن دعواه التغيير بعد ظهور سبب لزوم العقد، وهو رؤية جزء من المعقود عليه، فصار بمنزلة دعوى العيب في المبيع(١).

وبقولنا: قال أكثر أصحاب الشافعي. وذكر بعض أصحابه: أن القول للمشتري.

وقلنا: سبب لزوم العقد وهو الرؤية السابقة، أو البيع البات الخالي عن الشروط المفسدة ظاهر، والتغير حادث، فالقول لمن يتمسك بالظاهر، وما قال: إن البائع يدعي عليه الاطلاع ليس كذلك؛ لاتفاقهما على أن الاطلاع قد كان، ولكن اختلفا في التغير، والتغير حادث بعد الرؤية السابقة، فالقول لمن ينكره، والبينة لمن يدعيه.

(**إلا إذا بعدت** [٢/ ٧٨/ ب] **المدة على ما قالوا**)؛ أي: المتأخرون، فحينئذ كان القول للمشتري؛ لأن الظاهر شهد له.

وفي المبسوط: فإن بعدت المدة، بأن رأى جارية شابة ثم اشتراها بعد عشرين سنة، وزعم البائع أنها لم تتغير؛ فالقول للمشتري(٢)، وبه يفتي الصدر الشهيد، والإمام ظهير الدين المرغيناني. كذا في الذخيرة، وبه قال الشافعي.

وقوله: (**بخلاف ما إذا اختلفا**) متصل بقوله: (**فالقول للبائع لأنها**)؛ أي: الرؤية.

(**القول له**)؛ أي: للمشتري؛ لأنه ينكر الأمر الحادث، وبه قال الشافعي.

قوله: (**ومن اشترى عدل زطي ولم يره**): وفي الكافي: وقبضه ثم باع ثوبًا

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ٧٢).
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ٧٣).

فَبَاعَ مِنهُ ثَوبًا أَو وَهَبَهُ وَسَلَّمَهُ، لَم يَرُدَّ شَيئًا مِنهَا إِلَّا مِن عَيب، وَكَذَلِكَ خِيَارُ الشَّرطِ)؛ لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ الرَّدُّ فِيمَا خَرَجَ عَن مِلكِهِ، وَفِي رَدِّ مَا بَقِيَ تَفرِيقُ الصَّفقَةِ قَبلَ التَّمَامِ؛ لِأَنَّ خِيَارَ الرُّؤيَةِ وَالشَّرطِ يَمنَعَانِ تَمَامَهَا، بِخِلَافِ خِيَارِ العَيبِ، لِأَنَّ الصَّفقَةَ تَتِمُّ مَعَ خِيَارِ العَيبِ بَعدَ القَبضِ، وَإِن كَانَت لَا تَتِمُّ قَبلَهُ ....

منه، وإنما قيد بالقبض؛ لأنه لو لم يكن مقبوضا لا يصح تصرف المشتري فيه ببيع أو هبة، ولأنه لو كان قبل القبض فالخيارات سواء في عدم جواز ردِّ شيء منها، فلا يصح قوله حينئذ (إلا من عيب)؛ لأنه إذا اشترى شيئين ولم يقبضهما، ثم وجد بأحدهما عيبًا؛ لا يرد المعيب خاصة، بل يردهما.

وذكر الضمير أولًا بقوله: **(فباع منه)** وأثبته ثانيا بقوله: **(لم يرد منها شيئًا)** ردا إلى لفظ العدل وإلى معناه، فإنه في معنى الثياب الزطية.

نظيره: قوله تعالى: ﴿وَكَم مِّن قَرۡيَةٍ أَهۡلَكۡنَٰهَا فَجَآءَهَا بَأۡسُنَا بَيَٰتًا أَوۡ هُمۡ قَآئِلُونَ ۝٤﴾ [الأعراف: ٤].

وفي الصحاح: العدل ـ بالكسر ـ المثل، ومنه عدل المتاع. والزط: جيل من الناس[1].

وفي المغرب: جيل من الهند ينسب إليهم الثياب الزطية. وقيل: جيل من الناس بسواد العراق[2].

(تمامها)؛ أي: تمام الصفقة؛ لما ذكرنا أن تمامها بالرضا، ولا رضا مع وجودهما، وتفريق الصفقة قبل التمام لا يجوز، كما في ابتداء الصفقة.

وقوله: **(بخلاف خيار العيب)** جواب عن قوله: **(إلّا من عيب بعد القبض)** قيد به؛ لأن قبل القبض لو وجد عيبا في ثوب منها يردهما كما ذكرنا، أما بعد القبض يرد المعيب خاصة.

(وإن كانت)؛ أي: الصفقة **(لا تتم قبله)**؛ أي: قبل القبض في خيار العيب أيضًا كما ذكرنا.

---

(١) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية للجوهري (٣/ ١١٢٩).

(٢) المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي (ص ٢٠٨).

وَفِيهِ وَضعُ المَسأَلَةِ.

فَلَو عَادَ إِلَيهِ بِسَبَبٍ هُوَ فَسخٌ، فَهُوَ عَلَى خِيَارِ الرُّؤيَةِ، كَذَا ذَكَرَهُ شَمسُ الأَئِمَّةِ السَّرَخسِيُّ. وَعَن أَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ لَا يَعُودُ بَعدَ سُقُوطِهِ كَخِيَارِ الشَّرطِ(*)، وَعَلَيهِ اعتَمَدَ القُدُورِيُّ.

(وفيه)؛ أي: في المقبوض (وضع المسألة) وقد ذكرنا أن مع خيار العيب تتم الصفقة؛ لأنه رضي بالعقد على اختيار السلامة، والسلامة ثابتة من حيث الظاهر، ولهذا لا يرد به بعد القبض بدون القضاء أو الرضا. كذا في المبسوط[١].

وقال الشافعي: يرد بالعيب بلا قضاء ورضا بعد القبض وقبله، كما في خيار الرؤية والشرط، وقد بينا الفرق بينه وبينهما.

وفي هذه المسألة: لو وجد بأحدهما عيبًا؛ له قولان، فإن قال بجواز تفرق الصفقة؛ جاز له رد أحدهما دون الآخر، وإن قال بعدمه؛ ليس له ذلك، ولا فرق بين أن يطلع على المعيب قبل القبض أو بعده، وكذا في خيار الرؤية والشرط. كذا في تتمتهم.

(فلو عاد)؛ أي: الثوب الذي باعه (إليه)؛ أي: إلى المشتري (بسبب هو فسخ) كالرد بخيار الرؤية أو الشرط، أو العيب بالقضاء أو الرجوع في الهبة (فهو)؛ أي: المشتري الأول (على خياره) فجاز أن يرد الكل بخيار الرؤية؛ لارتفاع المانع من الأصل وهو تفريق الصفقة. ذكره شمس الأئمة في مبسوطه[٢].

(وعن أبي يوسف) وهو رواية علي بن الجعد عنه (أنه)؛ أي: خيار الرؤية (لا يعود بعد سقوطه)؛ لأن الساقط لا يعود، كخيار الشرط.

وفي فتاوى قاضي خان: وهو الصحيح[٣].

وفي المبسوط: باعه على أنه بالخيار، فإن كان بعد الرؤية فهو دليل الرضا

(*) الراجح: قول أبي يوسف.

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ٧٥).

(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ٧٤).

(٣) فتاوى قاضي خان (٢/ ٩٣).

....

منه، فيسقط خياره، وإن كان قبل الرؤية فهو على خياره؛ لأنه لم يتعذر عليه رد الكل بما أحدث من التصرف، فلو أسقط خياره؛ لأسقطناه بإيجابه البيع في الثوب، وذلك لا يكون أقوى من تصريحه بإسقاطه، وبالتصريح بإسقاطه قبل الرؤية لم يسقط خياره، فكذا إذا باعه على أنه بالخيار، ولو قطع ثوبًا منه أو لبسه حتى تغير؛ فقد تعذر عليه رد هذا الثوب كما قبضه، وليس له أن يرد ما بقي منه؛ لما فيه من تفريق الصفقة قبل التمام(١).

مسائل تتعلق بهذا الباب

اشترى شيئًا معيَّنًا في الأرض، كالجزر والفجل، والبصل والثوم، وأصول الزعفران وما أشبه ذلك؛ يجوز، وبه قال مالك، وأحمد. وقال الشافعي: لا يجوز. وله الخيار إذا رأى جميعه، ورؤية بعضه لا يبطل الخيار بكل حال عند أبي حنيفة؛ لأن هذه الأشياء تتفاوت، ففيها الصغير والكبير، والجيد والرديء، فرؤية بعضه لا تنوب عن رؤية الباقي، كما في الثياب والعبيد.

وقال أبو يوسف ومحمد: رؤية بعضها كرؤية كلها، وجعلاها كالمكيل والموزون والعددي المتقارب؛ لأن ببعضها يستدل في العادة على الجميع. وروى بشر عن أبي يوسف: أنه إن كان [٢/ ٧٩/أ] المقلوع قدر من الكيل أو الوزن؛ فحينئذ ينوب عن رؤية الباقي؛ لأنه إن كان كذلك فهو مقصود، فكان رؤيته معتبرة، وإن لم يكن له قدر لم يعتد به؛ لأنه غير مقصود، فبقي خياره بحاله، وهذا فيما إذا قلعه المشتري برضا البائع، أو قلعه البائع بنفسه، فحينئذ يكون الحكم عندهم على ما بينا، أما إذا قلعه بغير إذن البائع بطل خياره؛ لأن ذلك تعيب، وتعيب بعض المبيع يسقط الخيار.

ولو اختلفا فقال المشتري: أخاف أن أقلعه لا يصلح لي، فلا أقدر على رده، وقال البائع: أخاف أن أقلعه بغير رضا المشتري لا يقبله؛ فإنه يقال لهما: من تطوع منكما بالقلع، فإن تراضيا عليه تم الأمر، وإن لم يتراضيا فسخ القاضي

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ٧٤).

بَابُ خِيَارِ العَيبِ

العقد؛ لأنه لا سبيل إلى إجبار واحد منهما على القلع؛ لتضرر كل واحد منهما بالقلع، فتعذر إمضاء البيع بينهما، فكان القاضي يقطع الخصومة بالفسخ. روي ذلك عن أبي يوسف.

وعند الشافعي في الجديد: لا يجوز بيع ما لم يرَ. وقال في القديم: يصح بشرط بيان الجنس، ولكن له الخيار إذا رأى، وهو قول مالك وأحمد وقولنا. كذا في تتمتهم.

وفي شرح الوجيز: قال العبادي: الفقاع يفتح رأسه وينظر إليه بقدر الإمكان، وفي الإحياء أطلق المسامحة به[١].

وفي المحيط: ولو باع المغيب بعد ما ثبت، ولكن لا يعلم وجوده تحت الأرض؛ لا يجوز، وبعدما علم جاز، ولو قلع البائع أو المشتري بإذنه بعضه، فكان المبيع مما يباع كيلاً ووزنًا، ورضي به؛ بطل خياره عندهما، وعليه الفتوى. وعند أبي حنيفة: لا يبطل.

ولو قلع بغير إذن البائع، فإن كان المقلوع شيئًا له ثمن؛ بطل خياره، وإن كان لا ثمن له مقدار الأنموذج، فإذا رضيه المشتري؛ كان عليه القلع، والله أعلم.

باب خيار العيب

وقد ذكرنا وجه تأخيره عن خيار الرؤية، وإضافة الخيار إلى العيب من قبيل إضافة الشيء إلى سببه.

وفي الصحاح: العيب والعيبة والعاب بمعنى واحد، يقال: عاب المتاع؛ أي: صار ذا عيب، وعبته أنا يتعدّى ولا يتعدّى، فهو معيب ومعيوب أيضًا على الأصل[٢].

وفي المبسوط: العيب: ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة[٣].

---

(١) العزيز شرح الوجيز للرافعي (٤/ ٥٨).
(٢) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية للجوهري (١/ ١٩٠).
(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٨/ ١٩٠).

(وَإِذَا اطَّلَعَ المُشتَرِي عَلَى عَيب فِي المَبِيعِ فَهُوَ بِالخِيَارِ: إن شَاءَ أَخَذَهُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ، وَإِن شَاءَ رَدَّهُ) لِأَنَّ مُطلَقَ العَقدِ يَقتَضِي وَصفَ السَّلَامَةِ، فَعِندَ فَوتِهِ يَتَخَيَّرُ كَي

وفي التحفة: العيوب الموجبة للرد فهو على نوعين: ما يوجب فوات جزء من المبيع أو بغيره من حيث الظاهر دون الباطن، كالعمى والعور، والشلل والزمانة، والإصبع الناقصة والسن الشاغية[1]، أو الساقطة أو السوداء أو غيرها. والثاني: ما يوجب النقصان من حيث المعنى دون الصورة، كالسعال القديم وارتفاع الحيض، والزنا في الجارية وغيرها.

قوله: **(لأن مطلق العقد يقتضي السلامة)**؛ لما روي أن النبي ﷺ اشترى من العداء بن خالد بن هوذة عبدًا، وكتب في صكه: «**هَذا ما اشترَى مُحَمدٌ رسولُ اللهِ مِنَ العَدّاءِ بنِ خالدِ بن هوذةَ عبدًا، لا داءَ فيهِ ولَا غائِلةَ ولَا خبثةَ بيعَ المُسلمِ مِنَ المُسلمِ**»[2] ففي هذا تنصيص على أن البيع يقتضي سلامة المبيع عن العيب.

وتفسير الداء فيما رواه الحسن عن أبي حنيفة: المرض في الجوف والكبد والرئة، وفيما روي عن أبي يوسف قال: الداء: المرض، والغائلة: ما يكون من قبيل الأفعال، كالإباق والسرقة، والخبثة: هو الاستحقاق، وقيل: هي الجنون. كذا في المبسوط[3].

وفي المغرب: الصحيح أن المشتري كان العداء، والبائع هو رسول الله ﷺ[4].

---

(١) السِّنُّ الشّاغِيَةُ: هي الزائِدَةُ على الأَسنان، وهي المُخالفة لِنِبْتَة غيرها من الأَسْنان، وقد شَغِيَ يَشْغى شَغاً، مقصورٌ.

قال ابن بري: الشَّغا: اختِلاف نِبْتَة الأَسْنانِ، وليسَ الزِّيادَة كما ذكرَه الجوهري.

(٢) أخرجه الترمذي (٣/ ٥١٢ برقم ١٢١٦) وابن ماجه (٢/ ٧٥٦ برقم ٢٢٥١) من حديث الْعَدَّاءِ بْنِ خَالِدٍ رضي الله عنهما.

قال الترمذي: هذا حديث حسن غريب، لا نعرفه إلا من حديث عباد بن ليث، وقد روى عنه هذا الحديث غير واحد من أهل الحديث.

(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ١٠٦).

(٤) المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي (ص ٣٠٧).

لَا يَتَضَرَّرَ بِلُزُومِ مَا لَا يَرضَى بِهِ، (وَلَيسَ لَهُ أَن يُمسِكَهُ وَيَأخُذَ النُّقصَانَ)؛ لِأَنَّ الأَوصَافَ لَا يُقَابِلُهَا شَيءٌ مِن الثَّمَنِ فِي مُجَرَّدِ العَقدِ؛ ....

وفي فوائد الكافي: الله تعالى خلق الأشياء سليما عن هذه العوارض، فيقع العقد على ما هو الأصل؛ لأنه صار من العاقلين يأبى كل واحد أن يَغبن أو يُغبن، فيقتضي أن يكون المبيع موجودًا من كل وجه، والنقصان عدم من وجه، فلا يقع العقد على الناقص.

ولأنه ﷺ مبعوث لبيان الأحكام، فكان المراد من قوله: «**لَا غائلةَ ولَا خبثةَ**» نصب الحكم لا بيان رفع الغائلة والخبثة[1]؛ لأنهما يوجدان حِسًّا، فعلم أنهما لا يعتبران في مطلق العقد في البياعات.

قوله: (**وليس له أن يمسكه ويأخذ النقصان**)؛ أي: قيمته أو أرشه، وبه قال الشافعي ومالك.

وقال أحمد: أخذ الأرش؛ لأنه حقه؛ لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن؛ لأن الثمن عين، فيكون مقابلاً بالعين دون الوصف؛ لأنه غير متقوم، فأنى يقابله غير متقوم!

ولأن الثمن لا يخلو إما أن يقابل بالوصف والأصل، وفيه تسوية بين البيع والأصل، أو بالوصف فقط، وهو ترجيح [٢/ ٧٩/ب] البيع على الأصل، أو بالأصل فقط وهو المرام. كذا في الكافي.

وقوله: (**في مجرد العقد**) احتراز عما إذا كانت الأوصاف مقصودة بالتناول، كما إذا ضرب الدابة فاعورَّت أو صارت معيبة، أو قطع البائع يد المبيع قبل القبض؛ فإنه يسقط نصف الثمن؛ لأنه صار مقصودًا بالتناول، أو حكمًا بأن يمتنع الرد لحق البائع بالتعيب، أو لحق الشرع بالجناية؛ فإن لها قسطًا من الثمن حينئذ، وعن هذا قلنا: إن من اشترى شاة أو بقرة فحلبها وشرب لبنها، ثم علم بعيبها؛ لا يردها بالعيب بجميع الثمن.

ولكن ذكر في كتبهم: أن الشافعي قال في القديم: يثبت له الرد. وقال في الجديد: لا يثبت الرد، وهذا أقيس.

---

(١) حصل تكرار في الأصل.

وَلِأَنَّهُ لَم يَرضَ بِزَوَالِهِ عَن مِلكِهِ بِأَقَلَّ مِن المُسَمَّى فَيَتَضَرَّرُ بِهِ، وَدفعُ الضَّرَرِ عَن المُشتَرِي مُمكِنٌ بِالرَّدِّ بِدُونِ تَضَرُّرِهِ، وَالمُرَادُ: عَيبٌ كَانَ عِندَ البَائِعِ وَلَم يَرَهُ المُشتَرِي عِندَ البَيعِ وَلَا عِندَ القَبضِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ رِضًا بِهِ.

قَالَ: (وَكُلُّ مَا أَوجَبَ نُقصَانَ الثَّمَنِ فِي عَادَةِ التُّجَّارِ فَهُوَ عَيبٌ)؛ لِأَنَّ التَّضَرُّرَ بِنُقصَانِ المَالِيَّةِ، وَذَلِكَ بِانتِقَاصِ القِيمَةِ، وَالمَرجِعُ فِي مَعرِفَتِهِ عُرفُ أَهلِهِ.

(وَالإِبَاقُ وَالبَولُ فِي الفِرَاشِ وَالسَّرِقَةُ فِي الصَّغِيرِ عَيبٌ مَا لَم يَبلُغ، فَإِذَا بَلَغَ

(ولأنه)؛ أي: البائع (لم يرض بزواله)؛ أي: بزوال المبيع (عن ملكه) بأقل من المسمى.

فإن قيل: يشكل هذا بما إذا باع عبدًا معيبًا فإذا هو سليم؛ لا خيار للبائع وإن كان البائع لا يرضى بثمن المبيع في السليم، فكذلك هاهنا ينبغي ألا يثبت الخيار للمشتري إذا كان المبيع معيبًا.

قلنا: البائع أنزل عالما بطول ممارسته مع المبيع، فالظاهر أنه يرضى بذلك، أما المشتري ما رأى المبيع أصلا، فلو قلنا بلزوم العقد مع العيب؛ يتضرر من غير علم حصل له، فيثبت له الخيار. كذا في النهاية والكافي.

(لأن التضرر بنقصان المالية)؛ لأن المقصود من المبيع الاسترباح، وذلك بالمالية، فما ينقص المالية فهو يمكن خللًا في المقصود، فذلك عيب يرد به. كذا في المبسوط[١].

وفي الذخيرة: ففي كل شيء يرجع إلى أهل تلك الصنعة، فما يعدّونه عيبًا فهو عيب؛ وإن لم يوجب نقصانًا في العين ولا في منافعها؛ لأن عندهم عيبًا يوجب نقص ثمنه.

نظيره: الظفر الأسود إن كان ينقص ثمنا فهو عيب، كما في الأتراك، أما في الحبش فلا، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد.

قوله: (والإباق) إلى آخره: هذا شروع في بيان العيوب تفصيلا، فقال: (والإباق) إلى آخره.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ١٠٦).

فَلَيسَ ذَلِكَ بِعَيب حَتَّى يُعَاوِدَهُ بَعدَ البُلُوغِ) وَمَعنَاهُ: إِذَا ظَهَرَتْ عِندَ البَائِعِ فِي صِغَرِهِ ثُمَّ حَدَثَتْ عِندَ المُشتَرِي فِي صِغَرِهِ فَلَهُ أَن يَرُدَّهُ؛ لِأَنَّهُ عَينُ ذَلِكَ، ....

(**فليس ذلك الماضي**)؛ أي: كل واحد من الثلاثة (**يعاوده**)؛ أي: عند البائع، ثم يتبعه فيعاوده في يد المشتري. كذا في الكافي. ونص عليه في المحيط وشرح الطحاوي.

وفي الكفاية، وشرح قاضي خان: المعاودة في يد البائع ليس بشرط للرد، فإنه قال: هذه الأفعال من عادة الصبيان، فإذا امتنع عنها بالبلوغ لم يكن ما سبق عيبًا، ولا يرد به، فإن عاوده تبين أنه كان يفعله طبعًا لا عادة، وذلك عيب فيرد به.

وقال الشافعي: الإباق عيب أيضًا إن كان في يد البائع، وإن لم يأبق في يد المشتري، وكذا السرقة، ولم يشترط المعاودة. وأما البول في الفراش؛ فالأظهر اعتبار الاعتياد إذا كان في غير أوانه، أما في الصغر فلا. وقدره في التهذيب بما دون سبع سنين. كذا في شرح الوجيز(١).

وهو ظاهر قول مالك وأحمد، وعندنا الكل عيب عند اتحاد الحالتين في المعاودة، سواء كان ذلك قبل البلوغ أو بعده.

(**ومعناه**)؛ أي: معنى **قوله**: (**فإذا بلغ**) إلى آخره.

(**لأنه**)؛ أي: كل واحد من الثلاثة (**عين ذلك**)؛ لأن شرط استحقاق الرد وجوب العيب الواحد عند البائع والمشتري، فأما الذي في يد البائع؛ فلا يوجب الرد للمشتري بعيب حدث في يده، واتحاد الحال دليل اتحاد السبب، واختلاف [الحال](٢) دليل اختلافه، واختلاف الأسباب دليل اختلاف المسببات إلا في الباطن، أي: الآفة في الآلة الماسكة لجلب الفعل(٣).

وفي المبسوط: الإباق في الصغر سببه سوء الأدب وحب اللعب، وبعد البلوغ سببه التمرد وقلة المبالاة بالمولى، والسرقة قبل البلوغ لقلة التأمل في

---

(١) العزيز شرح الوجيز للرافعي (٤/ ٢١٢).
(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٣) في الأصل: (بحب اللعب) والمثبت من النسخة الثانية.

وَإِن حَدَثَت بَعدَ بُلُوغِهِ لَم يَرُدَّهُ؛ لِأَنَّهُ غَيرُهُ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ سَبَبَ هَذِهِ الأَشيَاءِ يَختَلِفُ بِالصِّغَرِ وَالكِبَرِ، فَالبَولُ فِي الفِرَاشِ فِي الصِّغَرِ لِضَعفِ المَثَانَةِ، وَبَعدَ الكِبَرِ لِدَاء فِي بَاطِنِهِ، وَالإِبَاقُ فِي الصِّغَرِ لِحُبِّ اللَّعِبِ، وَالسَّرِقَةُ لِقِلَّةِ المُبَالَاةِ، وَهُمَا بَعدَ الكِبَرِ لِخُبثٍ فِي البَاطِنِ، وَالمُرَادُ مِن الصَّغِيرِ مَن يَعقِلُ، فَأَمَّا الَّذِي لَا يَعقِلُ فَهُوَ ضَالٌّ لَا آبِقٌ فَلَا يَتَحَقَّقُ عَيبًا.

عواقب الأمور، وبعد البلوغ سببها التمرد، ولهذا يجب على البالغ ما لا يجب على الصبي. والمراد من الصغير من يعقل(١).

وفي الإيضاح: السرقة والبول في الفراش قبل أن يأكل وحده ويشرب وحده ليس بعيب؛ لأنه لا يعقل ما يفعل، وبعد ذلك عيب ما دام صغيرا، وكذا الإباق، وكذا روى أبو يوسف في الأمالي عن أبي حنيفة، وفي بعض المواضع: ويستنجي وحده. ذكره في جامع المحبوبي.

وفي الذخيرة: السرقة إن كانت أقل من عشرة عيب؛ لأنها إنما كانت عيبًا لأن الإنسان لا يأمن السارق على مال نفسه، وفي ذلك العشرة وما دونها سواء. وقيل: ما دون الدرهم وهو فلس أو فلسين ليس بعيب، ولا يختلف الحال بين أن تكون السرقة من المولى أو غيره، إلا في المأكولات [٢/ ٨٠/أ] فإنها لا تعدّ عيبًا من المولى، ومن غيره تعدّ عيبًا.

وسرقة ما يؤكل لأجل البيع من المولى وغيره عيب، ولو نقب البيت ولم يختلس شيئًا فهو عيب، وإباق ما دون السفر عيب باتفاق المشايخ كإباق مدة السفر، لكن تكلموا في أنه هل يشترط الخروج من البلد؟

فقيل: شرط، حتى لو أبق من محلة إلى محلة لا يكون عيبًا، ومن القرية إلى المصر إباق، وكذا على العكس، والبول في الفراش إنما يكون عيبًا إذا كان صغيرًا ابن خمس سنين.

وفي نوادر بشر عن أبي يوسف: الإباق من الغاصب إلى المولى ليس بعيب، ولو أبق من الغاصب ولم يرجع إلى المولى ولا إلى الغاصب، فإن كان

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ١٠٨).

قَالَ: (وَالجُنُونُ فِي الصِّغَرِ عَيبٌ أَبَدًا) وَمَعنَاهُ: إِذَا جُنَّ فِي الصِّغَرِ فِي يَدِ البَائِعِ

يعرف منزل مولاه ويقوى على الرجوع إليه فهو عيب، وإن لم يعرف أو لا يقدر لا.

وفي الفوائد الظهيرية: وهاهنا مسألة عجيبة؛ وهي أن من اشترى عبدًا صغيرًا فوجده يبول في الفراش كان له الرد، ولو تعيب بعيب آخر ولم يتمكن من الرد؛ كان له أن يرجع بنقصان العيب، فإذا رجع بالنقصان ثم كبر العبد، هل للبائع أن يسترد ما أعطى للنقصان لزوال ذلك العيب بالبلوغ؟

لا رواية لهذه المسألة، ثم قال: كان والدي يقول: ينبغي أن يسترد استدلالًا بمسألتين: إحداهما: أن الرجل إذا اشترى جارية فوجدها ذات زوج؛ له ردها، ولو تعيب بعيب آخر رجع بالنقصان، فإذا رجع به ثم أبانها الزوج؛ كان للبائع أن يسترد النقصان لزوال ذلك العيب، فكذا الذي نحن فيه.

والثانية: ما إذا اشترى عبدًا فوجده مريضًا كان له الرد، ولو تعيب بعيب آخر يرجع بالنقصان، فإذا رجع ثم برأ من مرضه، هل للبائع أن يسترد النقصان؟ إن كان برأ بالمداواة فينبغي أن يسترد.

قوله: (والجنون في الصغر عيب أبدًا): وفي المبسوط: إذا وجده مرة فهو عيب لازم أبدًا، سواء وجد في حالة الصغر أو بعد البلوغ(١)، يعني به: وجد في يد البائع في حالة الصغر أو الكبر، فلا يشترط المعاودة في يد المشتري.

والفرق بينه وبين الإباق والبول في الفراش والسرقة: أن هذه الأشياء تختلف باعتبار الحالتين، أما الجنون فلا يختلف بالصغر والكبر؛ لأنه آفة في العقل باعتبار آفة متمكنة في الدماغ، فيكون عيبًا. وقيل: معدن العقل القلب، وشعاعه إلى الدماغ، فيكون عيبًا.

وقيل: الجنون انقطاع ذلك الشعاع بيبس الدماغ؛ استدلالًا بما ذكره محمد **بقوله: (والجنون في الصغر عيب أبدًا)** ولم يرد به أن عين الجنون لا يزول، بل أراد أن سببه وهو الفساد المتمكن، فيكون عيبا أبدًا.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ١٠٨).

ثُمَّ عَاوَدَهُ فِي يَدِ المُشتَرِي فِيهِ أَو فِي الكِبَرِ يَرُدُّهُ؛ لِأَنَّهُ عَينُ الأَوَّلِ، إذ السَّبَبُ فِي الحَالَينِ مُتَّحِدٌ وَهُوَ فَسَادُ البَاطِنِ، وَلَيس مَعنَاهُ: أَنَّهُ لَا يَشتَرِطُ المُعَاوَدَةَ فِي يَدِ المُشتَرِي؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَادِرٌ عَلَى إِزَالَتِهِ وَإِن كَانَ قَلَّمَا يَزُولُ فَلَا بُدَّ مِن المُعَاوَدَةِ لِلرَّدِّ.

قَالَ: (وَالبَخَرُ وَالدَّفَرُ عَيبٌ فِي الجَارِيَةِ)؛ لِأَنَّ المَقصُودَ قَد يَكُونُ الِاستِفرَاشَ

وإليه أشار النبي ﷺ بقوله: «مَن جُنَّ ساعةً لَمْ يَفِقْ أبدًا»، وإليه مال الحلواني وشيخ الإسلام خواهر زاده، وهو رواية المنتقى، وقول بعض مشايخنا، وظاهر مذهب الشافعي ومالك وأحمد.

وقال بعض مشايخنا: ليس [له][1] الرد بجنون كان عند البائع، حتى يعاوده في يد المشتري؛ لأن سببه آفة تحل بالدماغ، وهذا مما يمكن أن يزول وإن بقي له أثر، ولكن ما بقي من الأثر بعد زواله ظاهر لا يعدُّ عيبًا؛ لأنه لا يُفَوِّت شيئًا من المنفعة، فلا يكون له حق الرد ما لم يعاود في يد المشتري وإن بقي سببه.

وفي الكافي: الجمهور أن المعاودة شرط، وهو الصحيح، وهو المذكور في الأصل والجامع الكبير، وبه أخذ الإسْبِيجابي؛ لأن الله تعالى قادر على إزالة تلك الآفة كسائر العلل، فلم يكن من ضرورة وجودها يومًا وجودها دائمًا.

(**وليس معناه**)؛ أي: معنى قول محمد (أبدًا) في المبسوط، ثم تأويل ما ذكر محمد أن الجنون عيب لازم يعني: إذا وجد في يد البائع مرة، ثم وجد في يد المشتري مرة، فإن الثاني عين الأول وإن اختلفت الحالة، بخلاف البول في الفراش، والإباق والسرقة.

وفي المحيط: تكلموا في مقدار الجنون، قيل: ساعة عيب، وقيل: أكثر من يوم وليلة، وقيل: المطبق دون غيره.

قال الإسْبِيجابي: ظاهر الجواب أنه لا يشترط المعاودة في يد المشتري، وقيل: يشترط، ولا خلاف بين المشايخ. كذا في عامة الروايات.

قوله: (**والبخر والدفر**) مصدر دفر إذا خبث رائحته، أما الذفر بالذال

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

وَطَلَبَ الوَلَدِ وَهُمَا يُخِلَّانِ بِهِ، وَلَيسَ بِعَيب فِي الغُلَامِ؛ لِأَنَّ المَقصُودَ الِاستِخدَامُ وَلَا يُخِلَّانِ بِهِ، إِلَّا أَن يَكُونَ مِن دَاءٍ؛ لِأَنَّ الدَّاءَ عَيبٌ (وَالزِّنَا وَوَلَدُ الزِّنَا عَيبٌ فِي الجَارِيَةِ دُونَ الغُلَامِ)؛ لِأَنَّهُ يُخِلُّ بِالمَقصُودِ فِي الجَارِيَةِ وَهُوَ الِاستِفرَاشُ وَطَلَبُ الوَلَدِ، وَلَا يُخِلُّ بِالمَقصُودِ فِي الغُلَامِ ....

المعجمة فبالتحريك لا غير؛ وهو حدة الرائحة أينما كانت، ومنه المسك الأدفر، وهو مراد الفقهاء عن قولهم: والدفر عيب، وهكذا الرواية والسماع بالدال غير المعجمة.

وفي المبسوط: البخر نتن رائحة الفم(١)، وهكذا في الصحاح(٢)، والذفر رائحة مؤذية تحت الإبط. والبجر بالجيم عيب؛ وهو انتفاخ تحت السرة، وبه سمي بعض الناس أبجر، وهكذا يكون لداء في البدن، ويعده التجار عيبًا. وكذا الأدر؛ وهو عظم [٢/ ٨٠/ ب] الخصيتين، والأدن عيب؛ وهو الذي يسيل الماء من منخريه.

وعند الشافعي: البخر والدفر عيبان في الغلام أيضًا، والمراد من البخر الذي هو عيب؛ هو الناشيء عن تغير المعدة دون ما يكون لقلح في الأسنان، فإن ذلك يزول بتنظيف. كذا في شرح الوجيز(٣).

وفيه وفي تتمتهم: الصنان وهو الذفر، إن كان من عرق واجتماع وسخ، أو حركة عنيفة ليس بعيب، وإن كان دائما لا من اجتماع الوسخ والعرق؛ فحكمه حكم البخر، فيكون عيبًا فيهما.

(ولا يخلان)؛ أي: البخر والذفر **(به)**؛ أي: بالاستخدام، إلا أن يكون فاحشًا لا يكون في الناس مثله؛ لأن ذا يدل على داء في البدن، والداء نفسه عيب. كذا في المبسوط(٤).

قوله: (وطلب الولد)؛ يعني: كون الجارية ولد الزنا يخل بمقصود المولى وهو الاستيلاد، فإن الولد يُعيَّر بأمه إذا كانت ولد الزنا.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ١٠٧).

(٢) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية للجوهري (٢/ ٥٨٦).

(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (٤/ ٢١٣).

(٤) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ١٠٧).

وَهُوَ الِاسْتِخْدَامُ، إِلَّا أَن يَكُونَ الزِّنَا عَادَةً لَهُ عَلَى مَا قَالُوا؛ لِأَنَّ اتِّبَاعَهُنَّ يُخِلُّ بِالخِدمَةِ.

(وهو الاستخدام)؛ لأن استخدام الغلام عادة يكون في أمور خارج البيت، وزناه وكونه ولد الزنا لا يخل به.

(على ما قالوا)؛ أي: المشايخ؛ لأن ابتياعهن يخل بالخدمة؛ لأن سيده كلما وجهه في حاجة يذهب إلى متابعة هواه، وكان كالسرقة؛ فإنها تخل بالاستخدام كما ذكرنا.

وقال قاضي خان: لو كان الزنا مرارًا منه يكون عيبا؛ لأن بذلك يعجز عن بعض الأعمال ويضعفه، وترادف الحدود يوجب نقصانًا في عينه.

وقال الشافعي: نفس الزنا عيب فيهما؛ كالسرقة أو فوقه، ولهذا كل منهما في الجارية عيب، فكذا في الغلام، وقد ذكرنا الفرق.

وفي المحيط: والزنا عند البائع عيب وإن لم يزن عند المشتري، ولو كان أبوها أو جدها لغير رشدة فهو عيب. وعن محمد: ذلك في الجواري التي يتخذن أمهات الأولاد، وفي غيرهن يعتبر عادة النخاسين.

وفي المحيط: كثرة الأكل في الجواري عيب خلافا للشافعي.

وفي المبسوط: كون العبد ولد الزنا لا يخل بالمقصود وهو الاستخدام، فإن أكثر المماليك بهذه الصفة لا تعرف أنسابهم، فأما الجارية إذا كانت ولد الزنا فيعتبر، وكذا المولى منها بأمة فيكون عيبًا، وعلى هذا إذا لم يكن الغلام مجنونًا أو الجارية مخفوضة، ففي الجلب من دار الحرب لا يكون عيبًا؛ لأنهم لا يفعلون ذلك[١]، وبه قال الشافعي.

وفي المولد لا يكون عيبًا أيضًا في الصغير، وبه قال الشافعي، ويكون عيبًا بعد البلوغ؛ لأن المولد في دار الإسلام لا يترك كذلك حتى يبلغ، والتجار يعدون ذلك عيبا في المولد، وبه قال الشافعي، أما في الجارية الغير المخفوضة لا خيار له أصلا عنده.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ١٠٧).

قَالَ: (وَالكُفرُ عَيبٌ فِيهِمَا)؛ لِأَنَّ طَبعَ المُسلِمِ يَنفِرُ عَن صُحبَتِهِ؛ وَلِأَنَّهُ يَمتَنِعُ صَرفُهُ فِي بَعضِ الكَفَّارَاتِ فَتَختَلُّ الرَّغبَةُ، فَلَو اشتَرَاهُ عَلَى أَنَّهُ كَافِرٌ فَوَجَدَهُ مُسلِمًا لَا يَرُدُّهُ؛ لِأَنَّهُ زَوَالُ العَيبِ. وَعِندَ الشَّافِعِيِّ: يَرُدُّهُ؛ لِأَنَّ الكَافِرَ يُستَعمَلُ فِيمَا لَا يُستَعمَلُ فِيهِ المُسلِمُ، وَفَوَاتُ الشَّرطِ بِمَنزِلَةِ العَيبِ.

قوله: (والكفر عيب فيهما)؛ أي: في الغلام والجارية؛ لأن طبع المسلم ينفر عن صحبته للعداوة الدينية، ولا يقدر على استخدامه في الأمور الدينية، كاتخاذ الماء للوضوء، وحمل المصحف إليه، ولا يقدر على تحريره في كفارة القتل.

وقال الشافعي: لو أطلق العقد فبيان الكفر لا خيار له؛ لأن ظاهر الحال لا يدل على الكفر والإسلام، كما لو ظن العدل فبان الفسق.

وقال أصحابه: هذا إذا كان كفرًا يقر عليه، فإن كانت الجارية مرتدة أو وثنية له الخيار، وهذا هو الاختيار. كذا في حلية المؤمن.

وفي شرح الوجيز: لو وجدها كتابية، أو وجد العبد كافرًا، أيَّ كُفرٍ كانَ؛ فلا رد إن كان قريبًا من بلاد الكفر، بحيث لا تقل فيه الرغبات، وإن كان في بلاد الإسلام حيث تقل الرغبات وتنتقص قيمته فله الرد[١].

(لأنه)؛ أي: الإسلام **(زوال العيب)** فصار كما لو اشتراه معيباً فإذا هو سليم فلا يرده، وبه قال المزني. وقال الشافعي وأحمد: يثبت له الخيار؛ لأنه وجده بخلاف شرطه، وله في هذا الشرط غرض، فربما قصد أن يستخدمه في المحقرات من الأمور، ولا يستجيز من نفسه أن يستخدم المسلم في مثله، ولأن الكافر يشتريه المسلم والكافر، والمسلم لا يشتريه إلا المسلم على أصله فتقل فيه الرغبات.

وأصحابنا قالوا: الكفر عيب، فذكره في العقد لا يكون على وجه الشرط، بل على وجه التبري عن العيب، فكأنه اشتراه معيبا فإذا هو سليم، فكان أزيد مما شرط، وثبوت حق الرد لدفع الضرر عن نفسه، فإذا وجده أزيد فلا حاجة إلى دفع الضرر بإثبات حق الرد. كذا في المبسوط[٢].

---

(١) العزيز شرح الوجيز للرافعي (٤/ ٢١٥).
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي(١٣/ ١٠٦).

قَالَ: (فَلَو كَانَت الجَارِيَةُ بَالِغَة لَا تَحِيضُ أَو هِيَ مُستَحَاضَةٌ فَهُوَ عَيبٌ)؛ لِأَنَّ ارتِفَاعَ الدَّمِ وَاستِمرَارَهُ عَلَامَةُ الدَّاءِ، وَيُعتَبَرُ فِي الِارتِفَاعِ أَقصَى غَايَةِ البُلُوغِ، وَهُوَ سَبعَ عَشرَةَ سَنَة فِيهَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ(*)، ....

وما قال: إن الكافر يشتريه المسلم والكافر إلى آخره؛ يلزم على أصله لا على أصلنا.

وفي المحيط: والنكاح أو الدين عيب فيهما، وعند الشافعي: لو كان عليه دين، بأن اشترى شيئًا بغير إذن المولى أو استقرض؛ لا خيار له؛ لأنه يتأخر إلى ما بعد العتق، ولو كان الدين في رقبته، بأن جنى في يد البائع ولم يفده؛ له الخيار [٢/ ٨١/ أ]، وفي النكاح له الخيار.

قوله: (بالغة) قيد به؛ لأن عدم الحيض في الصغيرة ليس بعيب بإجماع الفقهاء، ولو كانت كبيرة قد بلغت سن الإياس فهو عيب بإجماع الفقهاء، أما لو كنت شابة ومثلها تحيض في العادة فوجدها لا تحيض له [الخيار]، وكذا في كتبهم أيضًا.

وفي الذخيرة، وفتاوى الفضلي، والتتمة: لو ادعى المشتري الانقطاع في مدة كثيرة؛ ينبغي أن يدعي بأحد الشيئين: إما بالداء أو بالحَبَلِ حتى تسمع دعواه؛ لأن الارتفاع بدونهما لا يعد عيبًا، فالمرجع إلى الحبل قول النساء، والمرجع إلى الداء قول الأطباء، ثم العيب لا يثبت في حق سماع الخصومة بقول الأطباء ما لم يتفق عدلان منهم علامة الداء.

قال شيخ الإسلام: الحيض مركب في بنات آدم، فإذا لم تحض في أوانه؛ فالظاهر أنه إنما لا تحيض لداء فيها، فكذلك الداء يكون عيبا منها لا عدم الحيض، ولهذا لا تسمع دعوى المشتري ما لم يدع الارتفاع بأحد الشيئين كما ذكرنا، وكذا الاستحاضة لداء حل في عروقها، إليه أشار النبي عليه السلام، حيث قال لتلك المرأة: «**ذاكَ دَمُ عِرْقٍ**»(١) عند أبي عائد، أو قال: انفجر.

(*) الراجح: قول الصاحبين، وأقصى غاية البلوغ خمسة عشر.

(١) أخرجه البخاري (١/ ٥٥ برقم ٢٢٨) من حديث عائشة رضي الله عنها.

وَيُعرَفُ ذَلِكَ بِقَولِ الأَمَةِ، فَتُرَدُّ إِذَا انضَمَّ إِلَيهِ نُكُولُ البَائِعِ قَبلَ القَبضِ وَبَعدَهُ وَهُوَ الصَّحِيحُ.

ثم سيلان الدم لو كان مستدامًا ربما يضناها ويقتلها، والتي يرتفع حيضها زمانا فهو عيب؛ لأن ذلك لا يكون إلا لداء في البدن، ومنه سوء[1] الأمراض، فإن الرطوبة إذا كانت تسيل منها في وقتها تكون صحيحة البدن، وإلا اصفر لونها، ولأنها إذا لم تحض لا تحبل، فتخل بالمقصود.

(**ويعرف ذلك**)؛ أي: الارتفاع (**بقول الأمة**) لأنه لا طريق له إلا هذا (**فترد**)؛ أي: الأمة (**إذا انضم إليه**)؛ أي: إلى قول الأمة (**نكول البائع**) يعني: يستحلف البائع مع هذا إن كان بعد القبض، وإن كان قبل القبض فيرد بلا قضاء ولا رضًا، فصح فسخ العقد الضعيف بحجة ضعيفة. قالوا: هذا قول محمد، أما في ظاهر الرواية لا قول للأمة في ذلك.

ثم اعلم أن المشتري إذا ادعى انقطاع الحيض فالقاضي يسأله عن مدة الانقطاع، فإن ادعاه في مدة قصيرة لا تسمع دعواه، وإن ادعاه في مدة مديدة تسمع دعواه، والمديدة مقدرة بثلاثة أشهر عند أبي يوسف، وعند محمد أربعة أشهر، وعند أبي حنيفة وزفر بسنتين، فإذا عرفت المديدة فما دونها قصيرة، ثم بعد ذلك إن كان القاضي مجتهدا يقضي بما أدى إليه اجتهاده، وإن لم يكن مجتهدا يأخذ بما اتفق عليه أصحابنا وهو سنتان.

وفي الفوائد الظهيرية: لو شهد للمشتري شهود لا تقبل شهادتهم على الانقطاع، بخلاف الاستحاضة حيث تقبل عليها؛ لأنها مما يمكن الاطلاع عليها، وانقطاع الدم على وجه يعدّ عيبًا لا يمكن الاطلاع عليه.

ولو أنكر البائع الانقطاع في الحال، هل يستحلف عند أبي حنيفة؟ لا، وعندهما يستحلف.

وقوله: (**هو الصحيح**) احتراز عن قول أبي يوسف، فإن عنده يرد بقول الأمة قبل القبض وشهادة القابلة، وعما روي عن محمد أنه قال: إن كانت

---

(١) في الأصل: (مواد) والمثبت من النسخة الثانية.

....

الخصومة قبل القبض يفسخ العقد بقول النساء كما بينا.

ودليل الصحيح: أن شهادتهن حجة ضعيفة، فلا يحكم ما لم يتأبد بمؤبد، وذلك نكول البائع. كذا في المبسوط(١).

وفيه، وفي الكافي: وَالثُّؤْلُولُ عيب، وكذا الخال إن فتحا بأن كانا ينقصان الثمن بأن كثرا، والصهوبة وهي حمرة في الشعر عيب إذا فحشت، بحيث تضرب إلى البياض، وكذلك الشمط وهو اختلاط البياض بالسواد في الشعر؛ لأنه في غير أوانه دليل الداء، وفي أوانه دليل الكبر.

والعَشَى عيب وهو ضعف في البصر، حيث لا تبصر في الليل، والسن الساقط عيب، ضرسًا كان أو غيره؛ لأنه يشينه وينقص من الثمن، وكذا السواد والظفر الأسود عيب إذا كان ينقص الثمن، والعسر عيب وهو أن يعمل بيساره ولا يستطيع أن يعمل بيمينه، إلا أن يكون أعسر يسر؛ وهو الأضبط الذي [يعمل](٢) باليدين، وقد كان عمر ﵁ بهذه الصفة، فحينئذ هو زيادة.

والعشم عيب؛ وهو يبوسة وتشنج في الأعضاء، منه أصل العرج، والكي عيب إذا كان من داء، وإلا لا كما في الحبشة، والقروح عيب، والحرن على وجه لا يستقر ولا ينقاد للراكب عند العطف والسير عيب، وهو نوع من الجمح، والجمح عيب؛ وهو ألا يلين عند اللجام.

وخلع الرأس من العذار عيب إذا كان جِبِلّتَه؛ لأنه يخل بالمقصود، وربما يضل بسببه، فتستوي المالية، وبَلُّ المخلاة عيب إذا كان ينقص الثمن؛ وهو أن يسيل لعاب الفرس على وجه تبتل المخلاة به إذا جعل على رأسه [٢/ ٨١/ ب] وفيه علفه. وقيل: أن يأخذ المخلاة فيرمي به، وهذا نوع من الجمح، والغرب عيب وهو ورم في المآقي وربما يسيل منه شيء، حتى قال محمد: إذا كان سائلًا فصاحبه في حكم الطهارة كصاحب الجرح السائل.

والشتر عيب وهو انقلاب في الأجفان، وبه كان يسمى الأشتر، وهذا

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ١٠٧).
(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

....

يمكن ضعفا في البصر، والحول في العين عيب، والخوص عيب؛ وهو نوع من الحول، وكذا القبل، حتى إذا كان في إنسان العين يسمى قبلا، وإذا كان في الجانب الآخر فهو الخوص، والظفر عيب وهو بياض يبدو في إنسان العين، ويسمى بالفارسية (ناخنه) وكل ذلك يمكن ضعفًا في البصر، وربما يمنع البصر أصلًا.

والشعر في جوف العين عيب؛ لأنه يضعف البصر، والجرب في العين عيب؛ لأنه يضعف البصر، وفي غير العين عيب أيضًا، وكذا ريح السبل يضعف البصر بهما، وربما يذهب بهما البصر، والسعال القديم عيب إذا كان من داء، فأما القدر المعتاد منه لا يعد عيبًا، والعزل عيب؛ وهو أن يعزل ذنبه في أحد الجانبين.

والمشش عيب؛ وهو ورم في الدابة [لها صلابة دون صلابة][1] العظم، والقدح عيب؛ وهو اعوجاج في مفاصل الرجل، والفجج عيب؛ وهو تباعد ما بين القدمين، والصكك عيب؛ وهو أن تصطك إحدى ركبتيه على الأخرى، والحبل في بنات آدم عيب؛ لأنه ينقص المالية، وفي البهائم ليس بعيب؛ لأنه يزيد المالية.

والقَرَن عيب؛ وهو عظم في المأتى يمنع الوصول إليها، والرتق عيب؛ وهو لحم في المأتى[2]، والعقل عيب؛ وهو أن يكون المأتى منها شبه الكيس لا يتلذذ الواطئ بوطئها، فالكل يخلُّ بالمقصود، والبرص عيب، والجذام عيب؛ وهو ريح في المثانة، وربما يهيج بالمرء فيقتله، ولا يكون ذلك إلا لداء في البطن.

والسلعة عيب؛ وهو القروح التي تكون على العنق، يسمى بالفارسية (خوك)، وقيل: السلعة في الرأس يتناثر منه شعر الرأس، ويسمى بالفارسية (فلناج)، وقيل: هو غدة تحت الجلد تبدو بين اللحم والجلد، والدحس عيب؛ وهو ورم يكون في أطراف حافر الفرس والحمار، والحنف عيب؛ وهو إقبال كل واحد من الإبهامين إلى صاحبه، وذلك ينقص من قوة المشي.

---

(١) اضطربت هذه العبارة في الأصل، والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) في الأصل: (المآقي) والمثبت من النسخة الثانية.

....

وقال ابن الأعرابي: الأحنف: الذي يمشي على ظهر قدميه، والصدف عيب؛ وهو التواء في أصل العنق، وقيل: هو ميل يكون في البدن في إقبال إحدى الرجلين إلى الأخرى، وقيل: في الركبة، وقيل: نوع من الحنف، والشدق عيب؛ وهو سعة مفرط في الفم، وفيه الحديث «**نَهَى رسولُ اللهِ ﷺ عَنِ الشّدَقِ في الكَلامِ**» وهذا مما يعده التجار عيبًا، وكل شيء ينقص الثمن في الرقيق والدواب عيب، وبه قال الشافعي.

وفي شرح الوجيز: قد ذكر الأصحاب تفصيلا في عيوب العبد والجواري والدواب، والضابط: أنه يثبت الرد بكل ما في المعقود عليه من منقص القيمة، أو نقصان يفوت به غرض صحيح، بشرط أن يكون الغالب في أمثال المبيع عدمه، وإنما شرطنا فوات غرض صحيح؛ لأنه لو بان قطع فلقة يسيرة من فخذه أو ساقه لا يثبت الرد به؛ لأنه لا يفوت به غرض صحيح، ولو قطع من أذن الشاة ما يمنع التضحية يثبت الرد، وإلّا فلا.

وشرطنا أن يكون الغالب في أمثال المبيع عدمه؛ لأن الثيابة مثلا في الإماء معنى ينقص القيمة، لكن لا رد بها؛ لأنه لا يمكننا أن نقول الغالب فيهن عدم الثيابة.

وفي المجتبى: في جمع البخاري: اشترى هندية أو تركية لا تحسن لغتها، إن عده التجار عيبًا فعيب، وإن قبضها المشتري ولم يعلم أنه عيب ثم علم، إن كان هذا عيبًا بينًا لا يخفى على الناس كالعور؛ ليس له الرد.

وفي المحيط: اشترى غلامًا به ورم، فقال البائع: حديث لإصابة ضربة، أو باعه على أنه حديث، أو قال: إن كان قديما فجوابه عليّ، ثم ظهر أنه قديم؛ ليس له الرد.

وعن المرغيناني: أنه باع فرسًا به قرحة، فقال البائع: هي غير[١] الخيام، فاشتراه على ذلك، ثم ظهر أنه أثر الخيام؛ ليس له الرد.

---

(١) كذا بالأصل، وفي النسخة الثانية: (جر).

....

ولو ولدت الجارية فباعها وكتمها، لا يردها إذا لم تنقصها الولادة، وفي رواية: جعلها عيبًا مطلقًا، ولو اشتراها ولها قرحة، ولم يعلم أنها عيب ثم علم؛ فله الرد، والصحيح إن كان عيبًا بيِّنًا امتنع الرد، وإلا فلا.

ولو باع سويقا ملتوتا على أن فيه كذا من السمن، أو صابونًا على أن فيه كذا من الدهن، أو قميصًا على أنه اتخذ من عشرة أذرع، والمشتري ينظر إليه وظهر خلافه؛ فلا خيار له [٢/ ٨٢/ أ].

وفي جمع العلوم: التخنث والحمق، وكونها معيبة، وشرب الغلام وترك الصلاة، وغيرها من الذنوب عيب، وبه قال الشافعي. وقيل: التخنث إذا فحش أو يأتي بأفعال رديئة عيب، وإلا فلا.

وكل عيب يتمكن المشتري من إزالته بلا مشقة لا ينتقص به المبيع، كإحرام الجارية، ونجاسة الثوب، فلا خيار له. ولو وجد البقرة قليلة الأكل له الرد، وبه قال الشافعي، والعثور في الدواب عيب إن كان كثيرًا فاحشًا، وإلا فلا، وكذا أكل العذرات.

ولو اشترى زوجي الخف وأحدهما أضيق، إن كان خارج العادة فله الرد، ولو كان الخف لا يسع في رجله وقد اشتراه للبس فله الرد، وإلا فلا. وقيل: عيب في الحالين.

اشترى حنطة ووجد فيها ترابًا معتادًا؛ لا يرد ولا يرجع بشيء، وإلا فله الرد، وليس له أن يميز التراب ويرجع بحصته، ولو خلط بها بعد التمييز، وانتقص الكيل والوزن بالتنقية؛ امتنع الرد، وله نقصان العيب، وإلا فلا.

ولو وجد الجارية دميمة أو سوداء لم ترد، وإن كانت محترقة الوجه لا يعرف جمالها ولا قبحها فله الرد، ولو امتنع الرد يرجع بفضل ما بينهن قيمتها غير محترقة ومحترقة. ولو اشترى دارًا وليس لها مسيل، أو أرضا ليس لها شرب، أو مرتفعة لا تسقى إلا بالسكر؛ فله الرد، ولو صالح المشتري البائع عن حق الرد بالعيب على مال يجوز، وبه قال مالك والشافعي في وجه. وقال في وجه: لا يجوز، كالصلح عن خيار الشرط والرؤية.

قَالَ: (وَإِذَا حَدَثَ عِندَ المُشتَرِيَ عَيبٌ فَاطَّلَعَ عَلَى عَيبٍ كَانَ عِندَ البَائِعِ فَلَهُ أَن يَرجِعَ بِالنُّقصَانِ وَلَا يَرُدُّ المَبِيعَ)؛ لِأَنَّ فِي الرَّدِّ إِضرَارًا بِالبَائِعِ؛ لِأَنَّهُ خَرَجَ عَن مِلكِهِ

قوله: **(قال: وإذا حدث عند المشتري)** إلى آخره: سواء حدث بآفة سماوية أو بغيرها.

وفي المستصفى: والأصل أن امتناع الرد إن كان بفعل مضمون من المشتري بطل حقه في الرجوع بالنقصان، كما لو باع المبيع أو قبله، ولو امتنع الرد لا بفعل من جهته أو بفعل غير مضمون؛ له حق الرجوع بالنقصان، ولا يرد المبيع، وبه قال الشافعي وأحمد في رواية.

[وقال مالك وأحمد في رواية](١) وابن أبي ليلى: رد المبيع ورد معه نقصان العيب الحادث؛ لأن رد البدل عند تعذر رد العين كرد المبدل، فصار رادًّا على البائع كل المبيع، فيرجع بكل الثمن.

وقلنا: حق الرد يثبت للمشتري ليدفع الضرر عن نفسه على وجه لا يتضرر البائع، وبعدما تعيب لو رده لتضرر به بائعه؛ لأنه خرج عن ملكه سالما عن هذا العيب، ويعود معيبًا فامتنع الرد لدفع الضرر عن البائع، ولا بد من دفع الضرر عن المشتري، والضرر يرتفع عنه بثبوت حق الرجوع بحصة العيب من الثمن، فيصار إليه. كذا في المبسوط والكافي.

فإن قيل: ينبغي أن يرجح جانب المشتري في دفع الضرر عنه؛ لأن البائع دلس له العيب، والمشتري صار مغرورًا من جهته.

قلنا: المعصية الصادرة عنه لا تمنع عصمة المال، كما في الغاصب إذا عمل في الثوب المغصوب الخياطة، أو الصبغ بالحمرة؛ لأن الظالم لا يظلم، والضرر عن المشتري يندفع بإثبات حق الرجوع بحصة العيب من الثمن. إليه أشير في المبسوط.

ورد البدل كرد المبدل ضرورة، ولا ضرورة هاهنا؛ لأنه ربما لا يرضى البائع به.

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

سَالِمًا، وَيَعُودُ مَعِيبًا فَامتَنَعَ، وَلَا بُدَّ مِن دَفعِ الضَّرَرِ عَنهُ فَتَعَيَّنَ الرُّجُوعُ بِالنُّقصَانِ، إِلَّا أَن يَرضَى البَائِعُ أَن يَأخُذَهُ بِعَيبِهِ؛ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِالضَّرَرِ.

قَالَ: (وَمَن اشتَرَى ثَوبًا فَقَطَعَهُ فَوَجَدَ بِهِ عَيبًا رَجَعَ بِالعَيبِ)؛ لِأَنَّهُ امتَنَعَ الرَّدُّ بِالقَطعِ فَإِنَّهُ عَيبٌ حَادِثٌ (فَإِن قَالَ البَائِعُ: أَنَا أَقبَلُهُ كَذَلِكَ كَانَ لَهُ ذَلِكَ)؛ لِأَنَّ الِامتِنَاعَ لِحَقِّهِ وَقَد رَضِيَ بِهِ (فَإِن بَاعَهُ المُشتَرِي لَم يَرجِع بِشَيء)؛ لِأَنَّ الرَّدَّ غَيرُ

قوله: (فتعين الرجوع): في الإيضاح: فإن قيل: الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن، فكيف يجعل لها حصة من الثمن حالة الوجود.

قلنا: أثبتنا لهذه الأوصاف حصة منه بالإخراج من الاستحقاق لضرورة جبر حقه، فصارت أصولًا في حق الإخراج، وجاز أن يصير الوصف أصلًا بفعل يحله، كما لو صارت مقصودة بالإتلاف، حيث صارت لها حصة من الثمن، وسقطت حصتها منه، فكذا هاهنا.

وطريق معرفة النقصان: أن يقوم سليمًا من العيب القديم، ويقوم معيبًا به، فإن كان تفاوت ما بين القيمتين العشر؛ يرجع بعشر الثمن، وإن كان نصف العشر؛ يرجع بنصف عشره، فيحفظ ما نقصه العيب، وينسب إلى القيمة السليمة، فيرجع من الثمن على تلك النسبة.

(لأنه)؛ أي: البائع **(رضي بالضرر)** والمانع حقه، وقد زال ذلك برضاه، وإذا رضي ليس للمشتري أن يمسكه ويأخذ النقصان، وبه قال الشافعي.

قوله: (فقطعه): وفي الكافي: ولم يخطه.

(رجع بالعيب)؛ أي: بنقصانه، وبه قال الشافعي وأحمد في رواية، خلافًا لمالك وابن أبي ليلى وأحمد في رواية. والخلاف في هذه المسألة كالخلاف في المسألة الأولى حكمًا وتعليلًا.

(فإنه)؛ أي: القطع **(عيب)**.

(لأن الامتناع لحقه)؛ أي: لحق البائع **(وقد رضي به)**؛ أي: بالثوب المبيع، فزال المانع.

(فإن باعه)؛ [٢/ ٨٢/ب] أي: بعد القطع **(لم يرجع بشيء)** علم به أو لا،

مُمتَنِع بِرِضَا البَائِعِ فَيَصِيرُ هُوَ بِالبَيعِ حَابِسًا لِلمَبِيعِ فَلَا يَرجِعُ بِالنُّقصَانِ (فَإِن قَطَعَ الثَّوبَ وَخَاطَهُ أَو صَبَغَهُ أَحمَرَ، أَو لَتَّ السَّوِيقَ بِسَمنٍ ثُمَّ اطَّلَعَ عَلَى عَيبٍ رَجَعَ بِنُقصَانِهِ) لِامتِنَاعِ الرَّدِّ بِسَبَبِ الزِّيَادَةِ؛ لِأَنَّهُ لَا وَجهَ إِلَى الفَسخِ فِي الأَصلِ بِدُونِهَا؛ لِأَنَّهَا لَا تَنفَكُّ عَنهُ، وَلَا وَجهَ إِلَيهِ مَعَهَا؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ لَيسَت بِمَبِيعَة فَامتَنَعَ أَصلًا .....

وبه قال الشافعي في الأصح؛ لأن الرد تعذر ببيع المشتري، فإن حجة البائع أن يقول: أقبله كذلك.

(فيصير هو)؛ أي: المشتري **(حابسا المبيع بالبيع)**؛ لأنه يمسك بدله، وإمساك البدل كإمساك المبدل، ولو كان المبدل في يده ليس له أن يمسكه ويرجع بالنقصان، فكذا هنا.

وفي الفوائد الظهيرية والمبسوط: الأصل في جنس هذه المسائل: أن في كل موضع يكون البيع قائما على ملك المشتري، ويمكنه الرد برضاء البائع، فإذا أخرجه عن ملكه لا يرجع بالنقصان، وفي كل موضع يكون المبيع قائمًا ولا يمكنه الرد، وإن رضي به البائع، فإذا أخرجه عن ملكه يرجع بالنقصان؛ لامتناع الرد بسبب الزيادة لا بإمساك الباقي، فكان الحال بعد البيع كالحال قبله، وقبله له أن يرجع بالنقصان على كل حال هاهنا.

(بدونها)؛ أي: بدون الزيادة، يعني: **(الفسخ في الأصل)**؛ أي: المبيع لا يمكن بدون الزيادة **(لأنها لا تنفك عن الأصل ولا وجه إليه)**؛ أي: إلى الفسخ **(معها)**؛ أي: مع الزيادة؛ لأن العقد لم يرد على الزيادة، فلا يرد الفسخ عليها ضرورة؛ إذ فسخ العقد رفعه، فلا يرد على ما لا يرد عليه العقد.

فإن قيل: يشكل بالزيادة المتصلة المتولدة من المبيع، كالسِّمَنِ والجمال؛ فإنها لا تمنع الرد بالعيب في ظاهر الرواية.

قلنا: ثم فسخ العقد في الزيادة ممكن؛ لأن الزيادة تبع محض باعتبار التولد، والتفرغ منه والاتصال به، وحاصله: أن الزيادة نوعان: متصلة ومنفصلة، والمتصلة نوعان: متولدة منه كما ذكرنا، وهي تمنع الرد كما مر، وبه قال الشافعي وأحمد ومالك.

....

ومتصلة غير متولدة منه، كالصبغ والخياطة واللَّتِّ والغرس والبناء، وهي تمنع الرد بالاتفاق.

وعند الشافعي وأحمد: لا تمنع كالسمن والجمال.

والمنفصلة نوعان: متولدة منه، كالولد واللبن والتمر والأرش والعقر، وهي تمنع الرد؛ لتعذر الفسخ عليها تبعًا؛ لانقطاع التبعية بالانفصال، ويكون هو بالخيار، إن شاء ردهما جميعًا، وإن شاء رضي بهما بجميع الثمن قبل القبض وبعده، ورد المبيع خاصة بحصته من الثمن، يقسم الثمن على قيمته وقت العقد، وعلى قيمة الزيادة وقت القبض.

وغير متولدة منه كالكسب، وهي لا تمنع الرد، بل يفسخ العقد في الأصل دون الزيادة، وتسلم الزيادة للمشتري مجانًا، وبه قال الشافعي وأحمد، وكذا قالا في المتولدة المنفصلة؛ لإمكان الفسخ على الأصل بدونها، والزيادة للمشتري.

وقال مالك: إن كانت الزيادة ولدًا رده مع الأصل، وإن كانت ثمرة أمسكها ورد الأصل، وكذا في سائر الزوائد.

والفرق لنا بين الولد والكسب: أن الكسب لا يمنع الرد؛ لأنه ليس يمتنع بحال؛ لأنه تولد من المنافع وهي غير الأعيان، والولد تولد من المبيع، فيكون له حكمه، فلا يجوز أن يسلم له مجانًا لما فيه من الربا؛ لأنه يبقى في يده بلا عوض في عقد المعاوضة، والربا اسم لما يستحق بالمعاوضة بلا عوض يقابله. كذا في الفوائد الظهيرية، وشرح الطحاوي، وجامع قاضي خان، والكافي.

ولو هلكت الزيادة بآفة سماوية يثبت له الرد، كأنها لم تكن، وبه قال الشافعي قبل الحكم بالأرش.

وقيد بقوله **(صبغه أحمر)** لتكون الزيادة بالاتفاق، أما السواد فعندهما زيادة، وعند أبي حنيفة نقصان كالقطع، وانتقاص المبيع في يد المشتري يمنع الرد بأي سبب كان بالاتفاق، إلا أن النقصان لو كان بفعل الأجنبي حتى وجب الأرش؛ يرجع بالنقصان، وليس للبائع أن يقبله كذلك؛ لأن امتناع الرد هنا لحق

(وَلَيسَ لِلبَائِعِ أَن يَأخُذَهُ)؛ لِأَنَّ الِامتِنَاعَ لِحَقِّ الشَّرعِ لَا لِحَقِّهِ (فَإِن بَاعَهُ المُشتَرِي بَعدَمَا رَأَى العَيبَ رَجَعَ بِالنُّقصَانِ) لِأَنَّ الرَّدَّ مُمتَنِعٌ أَصلًا قَبلَهُ فَلَا يَكُونُ بِالبَيعِ حَابِسًا لِلمَبِيعِ.

وَعَن هَذَا قُلنَا: (إِنَّ مَن اشتَرَى ثَوبًا فَقَطَعَهُ لِبَاسًا لِوَلَدِهِ الصَّغِيرِ وَخَاطَهُ ثُمَّ اطَّلَعَ عَلَى عَيب لَا يَرجِعُ بِالنُّقصَانِ، وَلَو كَانَ الوَلَدُ كَبِيرًا يَرجِعُ)؛ لِأَنَّ التَّملِيكَ حَصَلَ فِي الأَوَّلِ قَبلَ الخِيَاطَةِ، ....

البائع، من حيث إن الرد إضرار به، ولِحَقِّ الشرع باعتبار الربا؛ لأن الرد في الأرش غير ممكن؛ لأن العقد لم يرد عليه، ورد المبيع بلا أرش متعذر أيضًا؛ لأن الأرش في يد المشتري بلا عوض في عقد المعاوضة، فيكون ربا، أما لو كان النقصان بفعل المشتري أو بآفة سماوية؛ للبائع أن يقبله كذلك لما ذكرنا.

قوله: (**وليس للبائع أن يأخذه**)؛ أي: المبيع (**لأن الامتناع لحق الشرع لا لحقه**)؛ أي: امتناع الرد لحق الشرع لا لحق البائع، وهو شبهة الربا؛ لما ذكرنا أن الزيادة تبقى في يد المشتري بلا عوض في عقد المعاوضة، فلا يرتفع المانع برضا البائع، بخلاف الفصل الأول؛ لأن القطع نقصان، ولهذا لو غصب ثوبا فقطعه لا ينقطع به حق المالك، فكان لحق البائع، وقد سقط حقه برضاه. كذا في جامع قاضي خان.

قوله: (**فإن باعه**)؛ أي: الثوب المصبوغ أو المخيط.

(**قبله**)؛ أي: قبل بيع المشتري للزيادة الحادثة فيه بفعل المشتري (**فلا يكون**)؛ أي: المشتري (**حابسا**) فيرجع بالنقصان، وقد نقلنا الأصل من الفوائد [٢/ ٨٣/ أ] والمبسوط.

(**وعن هذا**)؛ أي: كون المشتري حابسا لا يرجع بالنقصان، ولو لم يكن حابسا وامتنع الرد بمعنى آخر يرجع به، قالوا مسألتين.

(**في الأول**)؛ وهو إذا قطعه لولده الصغير قبل الخياطة؛ لأنه بالقطع له يكون واهبًا له، وقابضًا لأجله، فتتم الهبة بقطعه، فصار كما لو قطعه وباعه قبل الخياطة، فيصير حابسًا للمبيع، فلا يرجع بالنقصان، وبه قال الشافعي في الأصح.

وَفِي الثَّانِيَ بَعدَهَا بِالتَّسلِيمِ إِلَيهِ.

قَالَ: (وَمَن اشتَرَى عَبدًا فَأَعتَقَهُ أَو مَاتَ عِندَهُ ثُمَّ اطَّلَعَ عَلَى عَيبٍ رَجَعَ بِنُقصَانِهِ) أَمَّا المَوتُ: فَلِأَنَّ المِلكَ يَنتَهِي بِهِ وَالِامتِنَاعُ حُكمِيٌّ لَا يَفعَلُهُ، وَأَمَّا

(وفي الثاني)؛ أي: فيما إذا اشتراه لولده الكبير، فقطعه وخاطه لا تتم الهبة؛ لأنه كبير، فكانت الخياطة على ملكه، فامتنع الرد في ملكه بسبب الزيادة بالخياطة، ولم تتفاوت بعد ذلك إذا أخرجه عن ملكه بالبيع أو الهبة، أو لم يخرجه في جواز الرجوع بالنقصان، كما لو باع المشتري الثوب الذي خاطه لنفسه، أو صبغه بعد العلم بالبيع، فإن بيعه ذلك لا يمنع الرجوع به، فكذلك هاهنا.

وذكر الخياطة في الصورة الأولى وعدمه بمنزله؛ لأنه انقطع حق الرد بمجرد القطع قبل الخياطة، إلا [أنه](١) ذكرها بمقابلة الصورة الثانية.

قوله: (والامتناع)؛ أي: امتناع الرد **(حكمي)**؛ أي: يثبت حكمًا للموت، كما في الخياطة والصبغ **(لا بفعله)**؛ أي: بفعل المشتري، كالبيع والقتل، وفيه إشارة إلى أن امتناع الرد لو كان بفعله يمنع الرجوع بالنقصان، كما لو باعه أو قتله.

فإن قيل: يشكل على هذا أن صبغه أحمر، حيث يرجع بالنقصان، ولا شك أن الصبغ بفعله.

قلنا: نعم ذلك بفعله، لكن امتناع الرد بسبب وجود الزيادة بسبب ذلك الفعل، فكان الامتناع لحق الشرع، وهو شبهة الربا، فالقياس فيه ألا يرجع، وهو قول زفر.

وفي الكافي: وهو قول الشافعي، ولكن ذكر في كتبهم أنه يرجع، وبه قال أحمد، كما قلنا في الاستحسان.

وجه القياس: أن يقدر الرد بفعل المشتري، فصار كما لو قتله؛ وهذا لأنه لما اكتسب سبب تعذر الرد فيه؛ كان حابسًا له حكمًا، فكأنه في يده يحبسها ويريد الرجوع. كذا في المبسوط(٢).

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ١٠٠).

الإِعتَاقُ: فَالقِيَاسُ فِيهِ أَن لَا يَرجِعَ؛ لِأَنَّ الِامتِنَاعَ بِفِعلِهِ فَصَارَ كَالقَتلِ، وَفِي الِاستِحسَانِ: يَرجِعُ؛ لِأَنَّ العِتقَ إِنهَاءُ المِلكِ؛ لِأَنَّ الآدَمِيَّ مَا خُلِقَ فِي الأَصلِ مَحَلًّا لِلمِلكِ، وَإِنَّمَا يَثبُتُ المِلكُ فِيهِ مُوَقَّتًا إِلَى الإِعتَاقِ فَكَانَ إِنهَاء فَصَارَت كَالمَوتِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ الشَّيءَ يَتَقَرَّرُ بِانتِهَائِهِ، فَيُجعَلُ كَأَنَّ المِلكَ بَاق وَالرَّدَّ مُتَعَذِّرٌ. وَالتَّدبِيرُ وَالِاستِيلَادُ بِمَنزِلَتِهِ؛ لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ النَّقلُ مَعَ بَقَاءِ المَحَلِّ بِالأَمرِ الحُكمِيِّ ....

(**وفي الاستحسان يرجع**) وبه قال الشافعي وأحمد.

(**إنهاء الملك**)؛ أي: إتمامه.

وفي المبسوط: العتق منه للملك كالموت؛ لأن الملك في الآدمي إلى وقت العتق، يعني: يثبت الملك مع منافاة الدليل مُغيًّا إلى وقت العتق، والشيء ينتهي بمضي مدته، والمنتهي متقرر في نفسه، ولهذا قلنا يثبت الولاء[1] بالعتق، والولاء أثر من آثار الملك، فبقاؤه مع بقاء الأصل، فمتى تعذر الرد مع بقاء الملك له المستفاد بالشراء حقيقة أو حكمًا رجع بالنقصان؛ لأنه استحق ذلك بصفة السلامة، كما لو تعيب في يده.

يوضحه: أن بالموت يرجع؛ لانتهاء مدة حياته بالموت، والملك في المبيع باعتبارها، فكذلك بالعتق ينتهي الرق والملك والمالية. كذا في المبسوط[2].

(**وهذا**)؛ أي: جواز الرجوع بالنقصان عند الانتهاء (**بمنزلة الإعتاق**) فإنهما وإن كانا لا يزيلان الملك لكن المحل بهما يخرج من أن يكون قابلًا للنقل من ملك إلى ملك، فقد تعذر الرد مع بقاء الملك المستفاد بالشراء حقيقة أو حكمًا، فيرجع بالنقصان؛ لأنه استحق المبيع بوصف السلامة، كما لو تعيب عنده. كذا في الكافي. وهذا معنى قول المصنف (**لأنه تعذر النقل**) إلى آخره.

وقوله: (**مع بقاء المحل**) احتراز عن الموت والإعتاق.

وقوله: (**بالأمر الحكمي**) احتراز عن القتل، ولا خلاف للشافعي أن الاستيلاد بمنزلة الإعتاق، حتى لا يمنع من الرجوع، ولكن التدبير يمنع الرجوع عنده؛ لأن بالتدبير قابل للنقل والرد عنده.

---

(١) في الأصل: (الولاة) والمثبت من النسخة الثانية.

(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ١٠٠).

(وَإِن أَعتَقَهُ عَلَى مَالٍ لَم يَرجِع بِشَيء) لِأَنَّهُ حَبَسَ بَدَلَهُ، وَحَبسُ البَدَلِ كَحَبسِ المُبدَلِ. وَعَن أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: أَنَّهُ يَرجِعُ؛ لِأَنَّهُ إنهَاءٌ لِلمِلكِ وَإِن كَانَ بِعِوَض(*).

(فَإِن قَتَلَ المُشتَرِي العَبدَ أَو كَانَ طَعَامًا فَأَكَلَهُ لَم يَرجِع بِشَيء عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ أَمَّا القَتلُ فَالمَذكُورُ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ، وَعَن أَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ يَرجِعُ)(**) لِأَنَّ قَتلَ المَولَى عَبدَهُ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ حُكمٌ دُنيَوِي فَصَارَ كَالمَوتِ حَتفَ أَنفِهِ فَيَكُونُ إنهَاءً.

وَوَجهُ الظَّاهِرِ: أَنَّ القَتلَ لَا يُوجَدُ إِلَّا مَضمُونًا، ....

قوله: **(وإن أعتقه على مال لم يرجع)** وكذا لو كاتبه **(لأنه)**؛ أي: المشتري **(حبس بدله)**؛ أي: بدل المبيع، وأزال ملكه عنه بعوض، فصار كالبيع، وفي البيع لا يرجع، فكذا هاهنا.

(وعن أبي حنيفة) وهو قول أبي يوسف والشافعي وأحمد **(أنه يرجع لأنه)**؛ أي: العتق على مال **(إنهاء للملك)**؛ أي: منه للرق، سواء كان بعوض أو بغير عوض، ولهذا تثبت الولاية في الوجهين. كذا في المبسوط والكافي.

ولو أبق ثم علم بالعيب؛ لم يرجع بالنقصان عند أبي حنيفة ما دام حيًّا، وبه قال الشافعي؛ لأن الرد موهوم، فلا يصار إلى خلفه وهو الرجوع؛ إذ المصير إلى الخلف عند الناس من الأصل.

وعن أبي يوسف: يرجع، وبه قال الشافعي في وجه؛ لتحقق العجز في الحال، والرد موهوم، والموهوم لا يعارض الموجود.

قوله: **(وعن أبي يوسف: أنه يرجع)** ومحمد معه في رواية الينابيع، وبه قال الشافعي وأحمد.

(لا يتعلق به)؛ أي: يقبل المولى **(حكم دنيويّ)** من القصاص والدية **(وصار كالموت حتف أنفه)** لأن المقتول ميت بأجله **(فيكون إنهاء)** للملك كالموت. كذا في المبسوط[1].

(وجه الظاهر)؛ [٢/ ٨٣/ب] أي: ظاهر الرواية **(أن القتل فعل مضمون)**؛

(*) الراجح: قول الصاحبين.
(**) الراجح: قول أبي حنيفة.
(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ١٠٠).

وَإِنَّمَا يَسقُطُ الضَّمَانُ هَاهُنَا بِاعتِبَارِ المِلكِ، فَيَصِيرُ كَالمُستَفِيدِ بِهِ عِوَضًا، بِخِلَافِ الإِعتَاقِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُوجِبُ الضَّمَانَ لَا مَحَالَة كَإِعتَاقِ المُعسِرِ عَبدًا مُشتَرَكًا، وَأَمَّا الأَكلُ فَعَلَى الخِلَافِ، فَعِندَهُمَا يَرجِعُ، وَعِندَهُ لَا يَرجِعُ استِحسَانًا، وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ إِذَا لَبِسَ الثَّوبَ حَتَّى تَخَرَّقَ(*)، لَهُمَا: أَنَّهُ صَنَعَ فِي المَبِيعِ مَا يُقصَدُ بِشِرَائِهِ وَيُعتَادُ فِعلُهُ ....

لقوله ﷺ: «ليسَ في الإسلامِ دَمٌ مُفرَجٌ» أي: مبطل، ولهذا لو باشره في ملك غيره كان مضمونًا، وإذا استفاد البراءة عن الضمان هاهنا بملكه فيه، وذلك في معنى عوض سلم له، فكأنه باعها، بخلاف الإعتاق؛ لأنه ليس بفعل مضمون في ملك الغير على الإطلاق؛ لأن عتقه في ملك الغير لا ينفذ من أحد الشريكين، وإن نفذ فلا يتعلق به الضمان مطلقًا، حتى إذا كان معسِرًا لم يضمن شيئًا، فكان بالإعتاق لم يستفد شيئًا عن ملكه حقيقة وحكمًا، فلا يمنع الرجوع، وهذا معنى قوله: **(فيصير كالمستفيد به)**؛ أي: بملك العبد **(عوضا)** وهو سلامة نفسه على اعتبار العمد، وسلامة الدية للمولى على اعتبار الخطأ، فصار المشتري بقتله استفاد سلامة نفسه أو سلامة الدية، فصار كأنه أخذ عوضا بإزالة ملكه بالقتل، كما لو باع وأخذ الثمن. كذا في المبسوط(١).

(عندهما)؛ أي: عند أبي يوسف ومحمد **(يرجع)** وبه قال الشافعي وأحمد.

وفي الخلاصة: والفتوى على قولهما حتى يحرق، فعندهما يرجع، وبه قال الشافعي وأحمد.

(أنه)؛ أي: المشتري **(صنع فيه ما يقصد بشرائه)** وهو الأكل **(ويعتاد فعله)**؛ أي: الأكل واللبس يعتاد فيهما بين الناس. واحترز عن الاستهلاك والقتل؛ فإنه غير معتاد، فأشبه الإعتاق من حيث إنه إنهاء للملك فيه بفعل مقصود كالإعتاق.

وفي المبسوط: شراؤهما للأكل واللبس معتاد بين الناس، فلا يمنع الرجوع؛ لأنه يجعل وجود هذا الفعل وعدمه بمنزلة كما لو هلك من غير صنع

(*) الراجح: قول الصاحبين.

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ١٠٠).

فِيهِ فَأَشبَهَ الإِعتَاقَ. وَلَهُ: أَنَّهُ تَعَذَّرَ الرَّدُّ بِفِعلٍ مَضمُونٍ مِنهُ فِي المَبِيعِ فَأَشبَهَ البَيعَ وَالقَتلَ، وَلَا مُعتَبَرَ بِكَونِهِ مَقصُودًا؛ أَلَا يَرَى أَنَّ البَيعَ مِمَّا يُقصَدُ بِالشِّرَاءِ ثُمَّ هُوَ يَمنَعُ الرُّجُوعَ، فَإِن أَكَلَ بَعضَ الطَّعَامِ ثُمَّ عَلِمَ بِالعَيبِ، فَكَذَا الجَوَابُ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ؛ لِأَنَّ الطَّعَامَ كَشَيءٍ وَاحِدٍ فَصَارَ كَبَيعِ البَعضِ، وَعِندَهُمَا: أَنَّهُ يَرجِعُ بِنُقصَانِ العَيبِ فِي الكُلِّ، وَعَنهُمَا: أَنَّهُ يَرُدُّ مَا بَقِيَ؛ لِأَنَّهُ لَا يَضُرُّهُ التَّبعِيضُ.

أحد؛ وهذا لأن الفعل في ملكه لا يوصف بالتعدي، فلا يكون سبب ضمان حتى يجعل كالمعاوضة، بخلاف الإحراق والاستهلاك والإحراق والقتل.

وأما **قوله: (مضمونًا)** فلأن اللبس والأكل موجبان للضمان عليه في ملك الغير، وإنما استفاد البراءة باعتبار ملكه في المحل، فذلك بمنزلة عوض سلم له فلا يرجع.

فإن قيل: يشكل هذا بالقطع والخياطة؛ فإنهما موجبان للضمان في ملك الغير، ويرجع مع ذلك بالنقصان.

قلنا: إنما امتنع الرد ثمة لحق الشرع لا بفعله، ولا كذلك هاهنا؛ لأنه امتنع بفعله لا لحق الشرع.

وقوله: (ولا معتبر بكونه)؛ أي: بكون الأكل واللبس، جواب عن قولهما: **(إنه صنع فيه ما يقصد بشرائه)** يعني: كما أن الأكل واللبس مقصود بالشراء، فالبيع مقصود به أيضًا، مع أنه يمنع الرجوع، فكذا الأكل. كذا في المبسوط[(١)].

(فكذا الجواب عند أبي حنيفة) يعني: لا يرد ما بقي، ولا يرجع بالنقصان بشيء واحد، ولهذا رؤية بعضه كرؤية كله، فصار كبيع بعضه فلا يرجع.

(وعنهما)؛ أي: عن أبي يوسف ومحمد روايتان، رواية يرجع بالنقصان في الكل، وبه قال الشافعي وأحمد؛ لأن الطعام شيء واحد، فلا يرد بعضه دون البعض، وأكل الكل لا يمنع الرجوع، فكذا أكل البعض بل أولى. وفي رواية: يردّ ما بقي ويرجع بالنقصان فيما أكل؛ لأن الطعام مما لا يضره التبعيض، فكان قادرا على الرد كما قبضه. كذا في المبسوط[(٢)]، والكافي.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ١٠١).
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ١٠٢).

قَالَ: (وَمَن اشتَرَى بَيضًا أَو بِطِّيخًا أَو قِثَّاء أَو خِيَارًا أَو جوزًا فَكَسَرَهُ فَوَجَدَهُ فَاسِدًا فَإِن لَم يَنتَفِع بِهِ رَجَعَ بِالثَّمَنِ كُلِّهُ)؛ لِأَنَّهُ لَيسَ بِمَال فَكَانَ البَيعُ بَاطِلًا، وَلَا يُعتَبَرُ فِي الجَوزِ صَلَاحُ قِشرِهِ عَلَى مَا قِيلَ، لِأَنَّ مَالِيَّتَهُ بِاعتِبَارِ اللُّبِّ (وَإِن كَانَ يَنتَفِعُ بِهِ مَعَ فَسَادِهِ لَم يَرُدَّهُ)؛ لِأَنَّ الكَسرَ عَيبٌ حَادِثٌ (وَلَكِنَّهُ يَرجِعُ بِنُقصَانِ العَيبِ) دَفعًا لِلضَّرَرِ بِقَدرِ الإِمكَانِ.

وفي شرح المجمع: قال أبو يوسف: يرد ما بقي إن رضي البائع؛ لأن استحقاق الرد في الكل دون البعض، فيتوقف على رضاه.

وقال محمد: يرد الباقي وإن لم يرض البائع؛ لما ذكرنا أن التبعيض لا يضره، ولا يرجع به فيما أكل؛ لتعذر رده، وبعد بيع البعض عنهما روايتان، في رواية: لا يرجع بشيء كما هو قول أبي حنيفة؛ لأن الطعام كشيء واحد، فبيع الكل كبيع البعض. وفي رواية: يرد ما بقي؛ لأنه لا يضره التبعيض، ولكن لا يرجع بالنقصان فيما باع اعتبارًا للبعض بالكل. كذا في المبسوط[1].

وفي المجتبى: في جمع البخاري: أكل بعضه يرجع بالنقصان عيبه، ويرد ما بقي، وبه يفتى.

ولو أطعمه ابنه الكبير والصغير، أو امرأته أو مكاتبه أو ضيفه؛ لا يرجع بشيء. ولو أطعمه عبده أو مدبره، أو أم ولده يرجع؛ لأن ملكه باق.

اشترى دقيقا فخبز بعضه وظهر أنه مر؛ رد ما بقي ورجع بنقصان ما خبز، هو المختار. ولو كان سَمنًا ذائبًا فأكله، ثم أقر البائع أنه كان وقعت فيه فأرة؛ رجع بالنقصان عندهما، وبه يفتى.

وفي الكفاية: كل تصرف يسقط خيار الشرط يسقط خيار العيب؛ إذا وجد في ملكه بعد العلم بالعيب، ولا ردَّ ولا أرش؛ لأنه كالرضى به.

قوله: (فإن لم ينتفع به)؛ أي: بالمبيع، كالقرع إذا وجده مرًّا، والبيضة إذا وجدها مدرة. كذا في جامع قاضي [٢/ ٨٤/ أ] خان.

وفي المبسوط[2]: وكذا القرع والفاكهة إذا وجدها فاسدة بعد الكسر، فإن كان لا يساوي شيئًا يرجع بكل الثمن؛ لأنه تبين بطلان البيع لعدم المالية؛ إذ

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ١٠٢).

(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ١١٤).

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: **يَرُدُّهُ؛ لِأَنَّ الكَسرَ** ....

المال ما ينتفع به في الحال، أو في ثاني الحال، فإذا كان لا ينتفع به أصلا لا يكون محلًّا للبيع، فيبطل البيع، وبه قال الشافعي، واختاره المزني وصاحب التهذيب، وهو الأظهر، وإن كان يأكله بعض الناس، أو يصلح لعلف الدواب يرجع بالنقصان.

وفي الذخيرة: قال الإمام الحلواني: يريد بما ذكر في الكتاب: أنه يرده ويرجع بجميع الثمن إذا وجده خاويا، أو منتن اللب، أو وجد البيض مدر، أما إذا وجده قليلَ اللُّبِّ أو لم يكن مكتنزًا فهو من باب العيب، وقد تعذر الرد بسبب الكسر، فيرجع بالنقصان، إلا أن يأخذه البائع مكسورًا برضاه، وهذا إذا كسره ولم يعلم بالعيب، أما لو كسره وهو عالم بالعيب؛ صار راضيًا به، فيبطل حقه من كل وجه.

قالوا: ثم ما ذكر في الكتاب يستقيم في البيض؛ لأنه لا قيمة لقشره، وفي الجوز إنما يستقيم إذا لم يكن لقشره قيمة، أما لو كان له قيمة، بأن كان في موضع يعز الحطب؛ اختلف المشايخ فيه:

قيل: يرجع بحصة اللب، ويصح العقد في قشره بحصته من الثمن؛ لأن العقد في القشر صادف محله. وقيل: يرد القشر ويرجع بجميع الثمن؛ لأن مالية الجوز قبل الكسر باعتبار اللب دون القشر، فإذا كان اللب لا يصلح له لم يكن محل البيع موجودًا، فتبين أن العقد وقع باطلًا، وإليه أشار الإمام السرخسي وصاحب الهداية، حيث قال: (ولا يعتبر في الجوز) إلى آخره، فكأنه احترز به عن قول من قال: يرجع بحصة اللب، والجواب في القثاء والبطيخ كالجواب في الجوز. كذا في الكافي.

(**وقال الشافعي يرده**)؛ أي: إذا كسر مقدار ما لا بد منه للعلم بالعيب.

وفي كتبهم: فيه قولان، في قول: لا يردّه، وهو اختيار المزني، وقول أبي حنيفة.

وفي قول: له الردّ. [وقال مالك وأحمد في رواية: ليس له الرد][1] ولا

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

بِتَسلِيطِهِ. قُلنَا: التَّسلِيطُ عَلَى الكَسرِ فِي مِلكِ المُشتَرِي لَا فِي مِلكِهِ، فَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَ ثَوبًا فَقَطَعَهُ، وَلَو وَجَدَ البَعضَ فَاسِدًا وَهُوَ قَلِيلٌ جَازَ البَيعُ استِحسَانًا؛ لِأَنَّهُ لَا

الأرش، كأنه ليس من البائع تلبيس، فإنه لا يعلم باطنه.

وقلنا: إن المشتري إنما بدل الثمن في مقابلة السليم، فلا يمكن أن يلزم جميع الثمن في مقابلة المعيب؛ لأنه إضرار به، ولو كان كسر زيادة على مقدار ما لا بد منه؛ للشافعي طريقان، أظهرهما: أنه لا يجوز له الرد قولًا واحدًا، وهو قولنا؛ لأن الكسر عيب. والثاني: أنه على القولين، وعلى قول له الردّ، هل يغرم أرش الكسر؟ فيه قولان، أحدهما: يغرم. والثاني: لا يغرم؛ لأنه معذور؛ إذ البائع سلَّطه عليه. كذا في شرح الوجيز[١].

(بتسليطه)؛ أي: بتسليط البائع، فصار كأنه فعله ورضي به؛ وهذا لأنه لا يتمكن من الرد إلا بعد العلم بالعيب، ولا طريق له إلى معرفته سوى الكسر، فلا يصير ذلك مانعًا حقه في الرد. كذا في المبسوط[٢].

(لا في ملكه)؛ أي: ملك البائع، يعنى: أن البائع رضي بالكسر في ملك نفسه لا في ملكه، فتجب رعاية الحقين، وذلك في الرجوع دون الرد.

(كما [إذا][٣] كان ثوبا فقطعه) فإنه يرجع بالإجماع رعاية لحقهما، مع أن القطع حصل بتسليط البائع، إلا أن يرضى البائع أن يأخذه مكسورا، ولو وجده بهذه الصفة قبل الكسر رده بالإجماع لإمكانه، هذا إذا وجد كله فاسدًا، ولو وجد بعضه فاسدًا وهو قليل؛ جاز استحسانا؛ لأن الكثير من الجوز لا يخلو عن قليل فاسد، فهو كالتراب في الحنطة، فلو فسد البيع باعتباره فات بيعه عادة.

وفي القياس: يفسد؛ لأن الثمن لم يفصل ولو كان الفاسد كثيرا.

في النهاية: أراد بالكثير ما وراء الثلاثة، لا الكثير الذي هو ما زاد على النصف، فإنه ذكر في الذخيرة: اشترى مائة بيضة فوجد فيها واحدة أو اثنتين أو ثلاثة مدرة؛ لم يرجع بشيء، وجعل الثلاثة في المائة قليلا. ولو اشترى عشرة

---

(١) العزيز شرح الوجيز للرافعي (٤/ ٢٦١). (٢) المبسوط للسَّرَخسِي (١٣/ ١١٤).
(٣) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

يَخلُو عَن قَلِيل فَاسِد. وَالقَلِيلُ مَا لَا يَخلُو عَنهُ الجَوزُ عَادَةً كَالوَاحِدِ وَالِاثنَينِ فِي المِائَةِ، وَإِن كَانَ الفَاسِدُ كَثِيرًا لَا يَجُوزُ وَيَرجِعُ بِكُلِّ الثَّمَنِ؛ لِأَنَّهُ جَمَعَ بَينَ المَالِ وَغَيرِهِ فَصَارَ كَالجَمعِ بَينَ الحُرِّ وَالعَبدِ.

قَالَ: (وَمَن بَاعَ عَبدًا فَبَاعَهُ المُشتَرِي ثُمَّ رُدَّ عَلَيهِ بِعَيبٍ، فَإِن قَبِلَ بِقَضَاءِ القَاضِي بِإِقرَارٍ أَو بَيِّنَةٍ أَو بِإِبَاءِ يَمِين، لَهُ أَن يَرُدَّهُ عَلَى بَائِعِهِ)؛ لِأَنَّهُ فَسخٌ مِن الأَصلِ ....

جوزة، فوجد فيها خمسة خاوية؛ اختلف المشايخ فيه، قيل: يجوز العقد في الخمسة التي فيها لب بنصف الثمن بالإجماع. وقيل: يفسد في الكل بالإجماع؛ لأن الثمن لم يفصل. وقيل: العقد فاسد في الكل عند أبي حنيفة؛ لأنه يصير كالجمع بين الحي والميت في البيع. وعندهما: يصح في الخمسة التي فيها لب بنصف الثمن، وهو الأصح؛ لأن هذا بمعنى الثمن المفصل عندهما، فإن الثمن ينقسم على الأجزاء لا على القيمة.

قوله: (لأنه فسخ من الأصل)؛ أي: فسخ من كل وجه؛ لأنه تعذر اعتباره بيعًا جديدًا في حق الثالث لانتفاء الرضا، بمنزلة الرد [٢/ ٨٤/ ب] قبل القبض، وصار كما لو وهبه ثم رجع بالقضاء وغيره، فإنه يرده على بائعه. إليه أشير في المبسوط.

وفي الإيضاح: خرج المبيع عن ملكه ثم فسخ ذلك بالرد بالعيب؛ فسخ في الأصل في حق الكل، وبعد القبض إن كان بغير قضاء فهو فسخ في حقهما، بيع جديد في حق ثالث.

والفقه فيه: أن قبل القبض له الامتناع من القبض، فكان هذا تصرف دفع وامتناع من القبض، وولاية الدفع عامة، فظهر أثره في حق الكل، ولهذا لا يتوقف على القضاء، فأما بعد القبض فموجب العقد قد تناهى في القبض، إلا أن حقه في صفة السلامة قائم، فإذا لم يسلم له ثبت له حق الفسخ، فجاء من هذا أن له حق الفسخ في باب الرد بالعيب ما ثبت أصلًا؛ لأن الصفقة قد تمت وتناهت بالقبض، وإنما يثبت لغيره وهو استدراك حقه في السلامة، فلو حصل الفسخ بالقضاء ظهر أثره في حق الكل؛ لأنه ثبت بولاية عامة، ولو كان بالتراضي ظهر الفسخ في حقهما خاصة، بخلاف الرد بخيار الرؤية وخيار

....

الشرط؛ فإنه يكون فسخًا في حق الكل؛ لأن حقه في الفسخ ثبت أصلا؛ لأن جهالة الوصف حال عدم الرؤية سلب وصف اللزوم عن العقد، وأثبت له حق الفسخ، وكذا خيار الشرط، وإذا كان الخيار حقًّا له كان بالفسخ مستوفيًا ما كان حقا له، وولاية استيفاء الحق تثبت على سبيل العموم، ولهذا لا تتوقف على القضاء.

فإن قيل: ينتقض هذا الأصل؛ وهو أنه فسخ من الأصل بمسائل:

أحدها: المبيع لو كان عقارًا لا يبطل حق الشفيع في الشفعة، ولو كان الرد بالعيب بالبينة فسخًا من الأصل؛ لبطل حق الشفيع لبطلان العقد من الأصل.

والثانية: ما إذا باع أمته الحبلى وسلَّمها، ثم إن المشتري طعن فيها بعيب فردَّها بالقضاء، ثم ولدت ولدا ثم ادعاه أبو البائع؛ لا تصح الدعوة، ولو كان الرد فسخًا من الأصل؛ لصحت دعوته، كما لو لم يبعها الابن.

والثالثة: ما لو أحال غريمه بالثمن على المشتري، ثم المشتري رد العبد بالعيب بالقضاء؛ لا تبطل الحوالة، ولو كان فسخا من الأصل لبطلت الحوالة.

قلنا: قد ذكر محمد في مواضع: أن بالرجوع في الهبة؛ يعود ملك الموهوب إلى قديم ملك الواهب فيما يستقبل لا فيما مضى، وجعل كأن الدار لم تزل عن ملكه، إذا ثبت هذا الأصل تخرج عليه تلك المسائل. أما مسألة الشفعة؛ فلأن حق الشفيع كان ثابتًا قبل الرد، وحكم الرد يظهر فيما يستقبل لا فيما مضى، وكذا المسألة الثانية؛ لأن الأب إنما تصح دعوته باعتبار ولاية كانت له زمان العلوق، وأنه معنى سابق على الرد، وقد بطل قبل الرد، فلا يظهر حكم الرد.

قال شيخ الإسلام: قول القائل: الرد بالقضاء فسخ، وجعل كأن العقد لم يكن متناقض؛ لأن العقد إذا جعل كأن لم يكن؛ جعل الفسخ كأن لم يكن؛ لأن الفسخ بدون العقد لا يتصور، فإذا انعدم العقد من الأصل انعدم الفسخ من الأصل، [فإذا انعدم الفسخ من الأصل][1] عاد العقد؛ لانعدام ما ينافيه، ولكن يقال: العقد يجعل كأن لم يكن على التفسير الذي قلنا. كذا في الفوائد الظهيرية.

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

فَجَعَلَ البَيعَ كَأَن لَم يَكُن غَايَةُ الأَمرِ أَنَّهُ أَنكَرَ قِيَامَ العَيبِ لَكِنَّهُ صَارَ مُكَذَّبا شَرعًا بِالقَضَاءِ، ....

وقال الشافعي: إنه فسخ من حين الرد، وهو قياس مذهب مالك وأحمد، سواء قبل القبض أو بعده؛ لأن العقد لا ينعطف حكمه على ما مضى، فكذلك الفسخ، ولهذا كانت الزوائد الحاصلة من المبيع للمشتري، وجوابه ما ذكرنا.

(**فجعل البيع كأن لم يكن**) فيما يستقبل لا فيما مضى. والدليل عليه: أنه إذا وهب مالًا قبل تمام الحول ثم حال الحول، ثم رجع الواهب بعد الحول؛ لا تجب الزكاة فيما مضى.

وفي الكافي: أما في الرد بالبينة؛ فلأنه فسخ في حق الكل؛ لتعذره بيعًا جديدًا لانتفاء الرضا من المشتري الأول بالفسخ، والبيع الجديد لا [يصح إلا][1] بتراضيهما، فإذا كان فسخا؛ صار الحال بعد الفسخ كالحال قبل البيع.

وقيل: ببيع المشتري الأول له الرد على البائع بالعيب القديم. كذا هاهنا.

فإن قيل: لما باشر سبب الفسخ وهو النكول أو الإقرار بالعيب يكون راضيًا بحكم السبب.

قلنا: المسألة فيما إذا أقر بالعيب وأبى القبول، ويرد عليه القاضي جبرًا، والفسخ لا يثبت بإقراره بل بالقضاء، والرد عليه جبرًا كالرّدِّ قبل القبض؛ في أنه فسخ محض، فلا يتحقق فيه معنى البيع لعدم الرضا.

قوله: (غاية الأمر أنه) أي: المشتري **(أنكر قيام العيب لكنه صار مكذبًا شرعًا بالقضاء).**

وفي المبسوط[2]: هذا إذا ادعى المشتري الثاني العيب عند البائع الأول، أما إذا أقام البينة [٢/ ٨٥/ أ] أن العيب كان عند المشتري الأول؛ لم يذكر هذا الفصل في الجامع، وإنما ذكره في إقرار الأصل فقال: ليس للمشتري الأول أن يخاصم مع بائعه بالإجماع؛ لأن المشتري الأول لم يصر مكذِّبًا فيما أقرّ، من كون الجارية سليمة وقت شرائه من البائع الأول؛ لأن المقرَّ إنما يصير مكذِّبًا في

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية. (٢) المبسوط للسرخسي (١٨/ ١٣٥).

وَمَعنَى القَضَاءِ بِالإِقرَارِ أَنَّهُ أَنكَرَ الإِقرَارَ. فَأُثبِتَ بِالبَيِّنَةِ، ....

إقراره إذا قضى عليه بالبينة على خلاف ما أقر به، ولم يوجد هاهنا قضاء على خلاف ما أقر به، فبقي إقراره بكون الجارية سليمة، فلا تثبت له ولاية الرد.

قوله: (**ومعنى القضاء بالإقرار**) وإنما احتاج لهذا التأويل؛ لأنه إذا لم ينكر إقراره بعد الإقرار لا يحتاج إلى القضاء، بل يرد عليه بإقراره بالعيب.

وفي الفوائد: قال بعض مشايخنا: الجواب في فصل البينة والنكول محمول على ما إذا كان المشتري ساكتا، فإن البينة على الساكت مسموعة، والساكت يستحلف أيضًا؛ لأنه يترك منكرا، أما إذا أنكر المشتري الأول كون هذا العيب عنده، ثم كان الرد بالبينة أو النكول؛ فعلى قول محمد: ليس له أن يخاصم بائعه لمكان التناقض، وعلى قول أبي يوسف: له ذلك؛ لتكذيب القاضي إياه بالبينة.

وعامتهم قالوا: إن سبق منه جحود نصًا بأن قال: بعتها وما [معها][1] هذا العيب، وإنما حدث عندك، ثم أقر به بعد ذلك وأَبَى القبول، والقاضي أجبره على القبول؛ لم يكن له أن يخاصم بائعه.

وفي الكافي: قال زفر: لا يعتبر فسخًا في حق البائع الأول، حتى لا يرد عليه؛ لأن القاضي مضطر إلى القضاء، وهذا الاضطرار جاء منه بإقراره أو نكوله، فانتقل فعل القاضي إليه؛ لأن فعل المكرَهِ ينتقل إلى المكرِهِ، وإذا انتقل صار كأنه باشر بنفسه.

وقلنا: فعل المكرَهِ إنما ينتقل إذا صلح آلة للمكرِهِ، كما في القتل؛ فإنه يمكنه أن يأخذه ويضربه عليه، والقاضي لا يصلح في حق القضاء بالفسخ آلة له؛ لأن الفسخ يكون بالكلام، والكلام لا ينتقل إلى المكره؛ لأن التكلم بلسان الغير لا يتصور، ولهذا قلنا: إن المكرَهِ على العتق إذا أعتق نفذ العتق منه، وكان الولاء له، وإن لم يصر القاضي في حق الفسخ منقولا إليه؛ لم يصر المشتري الأول مباشرًا للفسخ حقيقة وحكمًا.

---

(١) في الأصل: (وما بهذا العيب) والمثبت من النسخة الثانية.

وَهَذَا بِخِلَافِ الوَكِيلِ بِالبَيعِ إِذَا رُدَّ عَلَيهِ بِعَيب بِالبَيِّنَةِ، حَيثُ يَكُونُ رَدًّا عَلَى المُوَكِّلِ؛ لِأَنَّ البَيعَ هُنَاكَ وَاحِدٌ وَالمَوجُودُ هَاهُنَا بَيعَانِ، فَيُفسَخُ الثَّانِي وَالأَوَّلُ لَا يَنفَسِخُ (وَإِن قَبِلَ بِغَيرِ قَضَاءِ القَاضِي لَيسَ لَهُ أَن يَرُدَّهُ)؛ لِأَنَّهُ بَيعٌ جَدِيدٌ فِي حَقِّ ثَالِثٍ وَإِن كَانَ فَسخًا فِي حَقِّهِمَا وَالأَوَّلُ ثَالِثُهُمَا (وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَإِن رُدَّ عَلَيهِ بِإِقرَارِهِ بِغَيرِ قَضَاءٍ بِعَيبٍ لَا يَحدُثُ مِثلُهُ لَم يَكُن لَهُ أَن يُخَاصِمَ الَّذِي بَاعَهُ) ....

وقوله: (وهذا) إشارة إلى قوله: **(له أن يرده)** من حيث المعنى؛ إذ تقديره: والبيع الأول قائم بنفسه، فلم ينفسخ البيع الأول بفسخ البيع الثاني، بخلاف الوكيل بالبيع، إذا رد عليه بالعيب يكون ردًّا على الموكل، حتى لا يحتاج الوكيل إلى الخصومة مع الموكل؛ لاتحاد العقد وتعدده هاهنا.

وبهذا صرح فخر الإسلام في جامعه، وفيه: له الرد بالبينة وبإباء اليمين، وبالإقرار في عيب لا يحدث مثله، أما في عيب يحدث مثله؛ يرده بالبينة وبإباء اليمين، ولا يرده المأمور مع الإقرار، وبه قال الشافعي؛ لأن إقرار المأمور لا يسمع على الآمر.

وفي الإيضاح: إن رد على الوكيل بغير قضاء يلزمه خاصة، سواء كان ذلك في عيب يحدث مثله أو لا يحدث؛ لأن هذا الفسخ عقد جديد في حق ثالث، والموكل ثالثهما.

قوله: (فإن قبل)؛ أي: المشتري الأول **(بغير قضاء)** برضاه لا يرده على بائعه.

(لأنه)؛ أي: لأن الرد بعد القبض بالتراضي **(بيع جديد في حق الثالث)** والبائع الأول ثالث، ولهذا يتجدد للشفيع حق الشفعة؛ لأنه ثالثهما، فصار كأن المشتري الأول اشتراه ثانيًا ما باع، فلا يكون له حق الخصومة لا في الرد ولا في الرجوع بالنقصان. كذا في الكافي.

وقال الشافعي: يرده كما في الرد بالقضاء؛ لأنه زال التعذر الذي كان، وتبين أنه لم يستدرك الضرر بالظلامة، والمبيع قائم في يده بصفته، وعلى هذا لو باعه من غيره ثم اشتراه ثانيًا، ثم اطلع على عيب قديم، ولم يكن قد اطلع [عليه]؛ له الرد عنده لما ذكرنا. كذا في كتبهم.

وَبِهَذَا يَتَبَيَّنُ أَنَّ الجَوَابَ فِيمَا يَحدُثُ مِثلُهُ وَفِيمَا لَا يَحدُثُ سَوَاءٌ. وَفِي بَعضِ رِوَايَاتِ البُيُوعِ: إن كَانَ فِيمَا لَا يَحدُثُ مِثلُهُ، يَرجِعُ بِالنُّقصَانِ لِلتَّيَقُّنِ بِقِيَامِ العَيبِ عِندَ البَائِعِ الأَوَّلِ.

وأصله: أن الرد بالعيب يرفع العقد من أصله. نص [عليه][1] الشافعي، فلم يتفاوت الرد بالرضا أو القضاء، ولكنا قد ذكرنا الفرق فيما مضى تأمل.

فإن قيل: يشكل هذا بمسألة ذكرها في المحيط ناقلًا عن المنتقى؛ وهي أن من اشترى دينارًا بدراهم، ثم باع الدينار من آخر، ثم وجد المشتري الأخير بالدينار عيبًا ورده على المشتري بغير قضاء؛ فإنه يرده على بائعه.

قلنا: لا يشبه الصرف العروض؛ لأن الرد في العروض جعل بيعًا جديدًا في حق الثالث وهو البائع الأول، وهاهنا لا يمكن أن يجعل بيعًا جديدًا؛ لأن [البناء][2] لا يتعين في العقود، فكأن البيع الثاني لم يكن في[حقه][3]. إليه أشير في فتاوى الخجندي.

وفي الكافي: البيعان هنا واحد؛ لأن المعيب ليس بمبيع، بل المبيع السليم، فيكون المعيب ملك البائع، فإذا رده [٢/ ٨٥/ ب] على المشتري يرده على بائعه، أما هاهنا البيعان موجودان، فإذا قبل بغير قضاء؛ فقد رضي بالعيب، فلا يرد على بائعه.

قوله: (**وبهذا**)؛ أي: موضع الجامع الصغير، المسألة في الذي لا يحدث، كالإصبع الزائدة والسن الشاغية (**يتبين لك أن الجواب فيما يحدث**) كالمرض والسعال (**وفيما لا يحدث سواء**) في عدم الخصومة مع البائع؛ إذا قبله بغير قضاء؛ وذلك لأنه لما لم يتمكن من الرد فيما لا يحدث مع التيقن بوجوده عند البائع الأول، كان أولى أن لا يتمكن من الرد فيما يحدث مع احتمال أنه يحدث عند المشتري، فهذا هو فائدة وضع الجامع، وهو الصحيح.

(**يرجع**)؛ أي: يرده، سواء قبله بقضاء أو بغير قضاء؛ للتيقن لوجوده عند

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٢) في الأصل: (الدنيا) والمثبت من النسخة الثانية.
(٣) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

قَالَ: (وَمَن اشتَرَى عَبدًا فَقَبَضَهُ فَادَّعَى عَيبًا، لَم يُجبَر عَلَى دَفعِ الثَّمَنِ حَتَّى يَحلِفَ البَائِعُ، أَو يُقِيمَ المُشتَرِي بَيِّنَةً) لِأَنَّهُ أَنكَرَ وُجُوبَ دَفعِ الثَّمَنِ، حَيثُ أَنكَرَ تَعَيُّنَ حَقِّهِ بِدَعوَى العَيبِ، وَدَفعُ الثَّمَنِ أَوَّلا لِيَتَعَيَّنَ حَقُّهُ بِإِزَاءِ تَعَيُّنِ المَبِيعِ؛ وَلِأَنَّهُ لَو قُضِيَ

البائع الأول، وقد فعلا بغير قضاء ما يفعله القاضي لو رفعَا الأمر إليه؛ لأن الرد متعين في هذا، فجعل فعلهما كفعل القاضي. كذا في الكافي.

قوله: (حتى يحلف البائع أو يقيم البينة): وفي الفوائد الظهيرية بعدما ذكر رواية الجامع كما ذكر هاهنا: وفي هذا التركيب نظر؛ لأنه جعل أحدهما غاية لنفي الأخبار على أداء الثمن، ونفي الأخبار لا ينتهي بإقامة البينة بل يستمر، ثم قال: وأمكن تصحيحه بتقدير الخبر المذكور ثانيًا، فيكون معناه: ويقيم المشتري البينة، فيستمر على عدم الإجبار، بل أولى أن يدرج لفظ عام يدخل تحته الغايتان فيقال: لم يجبر على دفع الثمن حتى يظهر وجه الحكم، أي: حكم الإجبار أو حكم عدم الإجبار، فحينئذ لا يحتاج إلى تقدير الخبر المذكور ثانيا، كما في قوله:

عَلَفْتُهَا تِبْنًا وَمَاءً بَارِدًا

فإنه يمكن أن يجعل العلف في معنى فعل عام، يدخل تحته العلف والسقي وهو (أطعمتها)، فلا يحتاج إلى إدراج (وسَقيتُها ماءً بارِدًا) إذ الإطعام يستعمل بمعنى السقي. كذا نقل عن العلامة مولانا حافظ الملة والدين.

وقال الشيخ الإمام ركن الدين الأفشنجي: لا بد هاهنا من تأويل، فيُؤَوَّل لا يجبر فينتظر؛ لأن الانتظار لازم عدم الجبر، فيكون معناه: لا يجبر، بل ينتظر حتى يحلف أو يقيم البينة، فتعين الحلف والبينة غاية الانتظار.

وإنما قيد بالقبض؛ لأن المشتري يستبد بالفسخ قبل القبض كما ذكرنا، ولا جبر هاهنا، ولا خلاف في هذه المسألة ظاهرًا.

(لأنه)؛ أي: المشتري.

(تعين حقه في المبيع) فلا يتحقق التسليم، فيكون منكرًا التسليم، فلا يجبر بدفع السلم.

بِالدَّفعِ فَلَعَلَّهُ يَظهَرُ العَيبُ فَيُنتَقَضُ القَضَاءُ فَلَا يَقضِي بِهِ صَونًا لِقَضَائِهِ (فَإِن قَالَ المُشتَرِي: شُهُودِي بِالشَّامِ، أُستُحلِفَ البَائِعُ وَدَفَعَ الثَّمَنَ) يَعنِي: إِذَا حَلَفَ، وَلَا يُنتَظَرُ حُضُورُ الشُّهُودِ؛ لِأَنَّ فِي الِانتِظَارِ ضَرَرًا بِالبَائِعِ، وَلَيسَ فِي الدَّفعِ كَثِيرُ ضَرَر بِهِ؛ لِأَنَّهُ عَلَى حُجَّتِهِ، ....

فإن قيل: الموجب للجبر موجود وهو البيع مع القبض، وما ادعاه المشتري من العيب موهوم، والموهوم لا يعارض المتحقق.

قلنا: وإن كان ما ادَّعاه المشتري موهومًا؛ لكن فيه صيانة القضاء عن النقض؛ لأنه يمكن أن يقيم المشتري البينة بعد الجبر على العيب، فيلزم بطلان القضاء، وفي عدم الجبر صون القضاء عنه، وسعي الإنسان في نقض ما تم من جهته مردود، ولهذا لو عجل زكاة ماله قبل الحول إلى الساعي لا يسترد؛ لاحتمال أنه تكون زكاة ببقاء المال في يده. كذا في فوائد الكافي.

ولأن الموجب للجبر لا يسلم أنه متحقق؛ إذ الموجب للجبر البيع مع قبض الحق، وهاهنا قبض الحق غير متعين لإنكاره.

قوله: **(لأنه)**؛ أي: المشتري **(على حجته)** حتى لو حضر شهوده كان بسبيل من إقامة البينة، ورد المبيع على البائع بالحجة وهي إقامة البينة، ويبطل القضاء على أداء الثمن؛ لأن القاضي نصب ناظرًا لمصالح المسلمين.

فإن قيل: ينبغي ألا يبقى المشتري على حجته بعد الجبر بأداء الثمن؛ لأن القضاء ينفذ ظاهرًا وباطنًا في العقود والفسوخ عند أبي حنيفة، مع أن فيه صيانة القضاء عن البطلان.

قلنا: القاضي هاهنا قد قضى بأداء الثمن إلى حين حضور الشهود لا مطلقًا، فلا يلزم ما ذكرتم، وفي هذا القول دلالة على أن إقامة البينة بعد يمين المدّعَى عليه معتبرة.

وقد ذكر التمرتاشي في جامعه، فقال في أدب القاضي: قال رجل: لا بينة لي، فحلف خصمه ثم أتى ببينة؛ يقبل في قول أبي حنيفة. وعند محمد: لا يقبل، ولا يحفظ في هذا رواية عن أبي يوسف.

أَمَّا إِذَا نَكَلَ أُلزِمَ العَيبَ؛ لِأَنَّهُ حُجَّةٌ فِيهِ.

وفي جمع النسفي: في قبول البينة عن أصحابنا روايتان، أما لو قال: ليس لي بينة حاضرة، ثم أتى ببينة؛ يقبل في الروايات كلها.

وفي روضة القضاء: قال: بينتي غائبة [لم يحلف عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف يحلف، وكذا لو قال: لي بينة حاضرة][(١)] فأحْلَفَهُ، فإن حلَفَ جئتُ بالبينة؛ يُحلّف في قولهم جميعًا.

وفي جامع شمس الأئمة: ولو قال: شهودي بالشام، فأمهلني حتى يحضر شهودي، أو آتيك بكتاب حكمي؛ لم يلتفت القاضي إلى كلامه، ولكنه يأمره بدفع الثمن إذا حلف البائع بعدما طلب المشتري يمينه، وإن كان فيه احتمال انتقاض القضاء؛ لأن في الانتظار ضررًا بالبائع؛ لأن التأخير [٢/ ٨٦/أ] إلى غاية معلومة تجري مجرى الإبطال، ولا يعرف أنه صادق أم كاذب، وليس في الدفع زيادة ضرر المشتري، فإنه يبقى على حجته، والسبب الموجب لأداء الثمن موجب ثابت معلوم، وما يدعيه المشتري موهوم، والموهوم لا يعارض المعلوم. وكذا في جامع البكري.

بخلاف ما إذا قال: شهودي حضور؛ لأن الإمهال هاهنا إلى المجلس الثاني لكشف الحال ليس يبطل حق البائع، وفي صيانة القضاء عن النقض أيضًا.

وفي المجتبى: لو قال: لي بينة حاضرة على العفو؛ يؤجل ثلاثة أيام كالأموال، وكذا إذا قال: غائبة؛ يؤخر استحسانًا. ولو قال: بينتي في مجلس القضاء لا يُحلَّف، ولو قال: في المصر دون المجلس؛ لا يُحلَّف عند أبي حنيفة، خلافًا لأبي يوسف.

وقول محمد مضطرب؛ قيل: الغيبة مسيرة السفر، ولو قال: أحضر بينتي إلى ثلاثة أيام؛ أُجِّلَ ثلاثةَ أيامٍ. وقيل: أُجِّلَ مقدار ما يمكن إحضاره.

(**أما إذا نكل**)؛ أي: البائع.

(**لأنه**)؛ أي: النكول (**فيه**)؛ [أي: في ثبوت العيب، واحترز به عن النكول

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

قَالَ: (وَمَن اشتَرَى عَبدًا فَادَّعَى إِبَاقًا لَم يُحَلَّف البَائِعُ حَتَّى يُقِيمَ المُشتَرِي البَيِّنَة

في][١] الحدود والقصاص؛ فإنه ليس بحجة فيهما بالإجماع، وفي النكول في الأشياء الستة عند أبي حنيفة؛ فإنه ليس بحجة فيها.

قوله: (**لم يحلف البائع**) إلى آخره: وبه قال الشافعي.

وفي الفوائد: فرق بين هذا وبين ما إذا ادعى على آخر دَينًا؛ فإن القاضي يأمر المدعى عليه بالجواب وإن لم يثبت قيام الدين، وكما أن السلامة عن العيب أصل والعيب عارض، فكذا سلامة الذمة عن الدين أصل والشغل به عارض.

والفرق: أنه لو شرط قيام الدين في الحال لاستماع الخصومة، لم يتوصل المدعي إلى إحياء حقه؛ لأنه ربما يتعذر عليه إقامة البينة على ثبوته، ولو شرط قيام العيب لاستماع الخصومة لا يتعذر توصل المشتري إلى حقه؛ لأن العيب مما يعرف بآثار تعاين، أو بالرجوع إلى قول الأطباء المُعَدَّلين، أو إلى قول القوابل.

فإن قيل: البينة إنما تقبل عن المدعي وليس بمدعي؛ لأن العيب في يده، بل المدعي هو الذي يدعي أن العيب في يد البائع.

قلنا: المشتري مجبور لإحياء حقه، ولا يتمكن منه إلا بإقامة البينة على أنه وجد في يده، فصار من تتمة إقامة البينة إن كان عند البائع، وإنما عين المسألة في الإباق، وكذا الحكم في الجنون والسرقة والعيوب التي لا تشاهد ليبتنى عليها مسألة التحليف؛ لأن المشتري إذا [ادعى عيبًا ظاهرًا في المبيع، وهو مما لا يحدث مثله كالأصبع الزائدة؛ فإن القاضي يقضي بالرد من غير تحليف إذا طلب المشتري [للقباض][٢] بوجوده في يد البائع. كذا في الإيضاح.

وحاصل ذلك: ما ذكر الإمام قاضي خان في جامعه: أن][٣] المشتري [إذا ادعى][٤] عيبا فهو على أربعة أوجه:

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٢) كذا رسمت في الأصل.
(٣) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٤) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

....

ما يُدَّعَى عيبًا ظاهرًا في المبيع، كالعمى والإصبع الزائدة والسن الشاغية ـ أي: الزائدة ـ. وما يدعى باطنا لا يعرفه إلا الأطباء، كوجع الكبد والطحال. أو عيبًا يطلع عليه النساء، كالرّتَقِ والقَرَنِ. أو عيبا لا يعرف إلّا بالتجربة والإخبار، كالإباق والسرقة والبول في الفراش والجنون؛ ففي الأول يسمع القاضي دعوى المشتري بدون إثبات العيب؛ لأن القاضي يتيقن بوجود العيب عند البائع، فيرده إلا إذا ادعى البائع الرضى والإبراء ويقيم البينة، وإن لم يقم البينة يستحلف المشتري على الإبراء لرجاء النكول، وهذا في عيب لا يحدث مثله، فإن كان حدوثه يتصور، فإن أقر البائع بوجوده عنده يرده، إلا إذا ادعى الرضا والإبراء، ويكون هذا والوجه الأول سواء.

وإن كان العيب باطنا، فإن أقر البائع بوجوده عنده يرده، أو أقام المشتري البينة أو نكل البائع عن اليمين؛ يرده أيضًا إلا إذا ادعى الرضا أو الإبراء، ولو أنكر قيام العيب للحال يريه أهل العلم بذلك، والواحد يكفي والاثنان أحوط، يعني: يريه طبيبين مسلمين عدلين، والواحد يكفي.

ولو كان عيبًا لا يطَّلع عليه الرجال يُريهِ النساء، الواحدة تكفي والاثنان أحوط، فإن كان بعد القبض لا ترد النساء بالاتفاق، لكن يحلف البائع. وإن كان قبل القبض؛ ذكر الخصاف أن على قول أبي يوسف يرده من غير يمين. وقال محمد: يرده بحلف البائع.

وأما الوجه الرابع وهو الإباق والسرقة؛ فالقاضي لا يسمع دعواه، حيث يثبت وجود هذه العيوب عند المشتري، إلا أن في الإباق والسرقة والبول في الفراش يعتبر اتحاد الحالة بصحة الدعوى، وفي الجنون لا يشترط، فإن أقام المشتري بينة بوجودها عند البائع رده، وإن لم يكن له بينة يستحلف على البتات، إلا إذا ادعى الرضا أو الإبراء.

وفي المبسوط: يستحلف في الجنون على البتات أيضًا في ظاهر الرواية، إلا أن في الجنون يستحلف بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب قط؛ لما بينا أن الجنون في الصغر والكبر عيب لازم أبدًا. وعند بعض المتأخرين من مشايخنا

أَنَّهُ أَبَقَ عِندَهُ) وَالمُرَادُ التَّحلِيفُ عَلَى أَنَّهُ لَم يَأبَق عِندَهُ؛ لِأَنَّ القَولَ وَإِن كَانَ قَولَهُ، وَلَكِنَّ إنكَارَهُ إنَّمَا يُعتَبَرُ بَعدَ قِيَامِ العَيبِ بِهِ فِي يَدِ المُشتَرِي وَمَعرِفَتِهِ بِالحُجَّةِ (فَإِذَا أَقَامَهَا حَلَفَ بِاَللَّهِ لَقَد بَاعَهُ وَسَلَّمَهُ إلَيهِ وَمَا أَبَقَ عِندَهُ قَطُّ) كَذَا قَالَ فِي الكِتَابِ، وَإِن شَاءَ حَلَّفَهُ بِاَللَّهِ مَا لَهُ حَقُّ الرَّدِّ عَلَيكَ مِن الوَجهِ الَّذِي يَدَّعِي أَو بِاَللَّهِ مَا أَبَقَ عِندَكَ قَطُّ، أَمَّا لَا يُحَلِّفُهُ بِاَللَّهِ لَقَد بَاعَهُ وَمَا بِهِ هَذَا العَيبُ، وَلَا بِاَللَّهِ لَقَد بَاعَهُ وَسَلَّمَهُ وَمَا بِهِ هَذَا العَيبُ؛ لِأَنَّ فِيهِ تَركَ النَّظَرِ لِلمُشتَرِي؛ لِأَنَّ العَيبَ قَد يَحدُثُ بَعدَ البَيعِ قَبلَ

[٢/٨٦/ب] من لا يشترط عود الجنون في يد المشتري لتوجه الخصومة؛ لأن أثره قائم بعد انقلابه، ويظهر ذلك في حماليق عينيه، وذلك يكفي لتوجه الخصومة، بخلاف الإباق والسرقة؛ فإن أثرهما لا يكون، فلا بد من عوده عند المشتري(١).

(أنه)؛ أي: العبد المبيع **(أبق عنده)**؛ أي: عند المشتري؛ لأن شرط سماع الخصومة قيام العيب في الحال في العبد.

(والمراد بالتحليف)؛ أي: تحليف البائع **(على أنه لم يأبق عنده)**؛ أي: عند البائع، يعني: أن المشتري إذا ادعى وقال: بعتني آبقا، لم يحلف البائع أنه لم يأبق عنده، يعني: إذا أقام المشتري بينة على وجود العيب في الحال، أو أقر البائع به.

وقوله: (لأن القول قوله)؛ أي: قول البائع؛ لأنه منكر الإباق، دليل على **قوله: (لم يحلف حتى يقيم البينة)**(٢).

(ولكن إنكاره)؛ أي: إنكار البائع.

(قيام العيب به)؛ أي: بالعبد؛ لما ذكرنا أنه شرط سماع الخصومة قيام العيب في الحال.

(ومعرفته)؛ أي: معرفة قيام العيب. **(ما له)**؛ أي: للمشتري. **(وما به)** بالعبد.

(لأن فيه)؛ أي: في المذكور، وهو قوله: **(بالله لقد باعه وما به هذا العيب)** وقوله: **(بالله لقد باعه وسلَّمه وما به هذا العيب)**.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ١١٢).
(٢) انظر ص ٧٤٥.

التَّسلِيمِ وَهُوَ مُوجِبٌ لِلرَّدِّ، وَالأَوَّلُ: ذُهُولٌ عَنهُ، وَالثَّانِي: يُوهِمُ تَعَلُّقَهُ بِالشَّرطَينِ

(**والأول**)؛ وهو قوله: بالله لقد باعه وما به هذا العيب (**ذهول**)؛ أي: غفول (**عنه**)؛ أي: عن العيب الحادث بعد البيع قبل التسليم، وهو موجب للرد، والبائع بقوله: (لقد باعه وما به عيب) بارّ في يمينه؛ لأن الحادث بعد المبيع قبل التسليم لا يدخل فيه.

(**والثاني**)؛ وهو قوله: باعه وسلّمه وما به هذا العيب (**يوهم تعلقه**)؛ أي: تعلق الحنث (**بالشرطين**) وهو قيام العيب وقت المبيع ووقت التسليم، فلا يدخل العيب الحادث بعد البيع قبل التسليم، وكان غرض البائع من هذا اليمين عدم وجود العيب في الحالين جميعًا، فإذا وجد في حالة كان بارًّا؛ لأن الكل ينتفي بانتفاء الجزء، فيتضرر به المشتري، فكان قوله: (**يوهم**) إشارة إلى تأويل البائع ذلك في يمينه، أو يقول قوله وما به هذا. قالوا: و(فيه) للحال، فيوهم أن يؤوّل أنه حال أحدهما لا حالهم جميعا.

وإنما قال: (يوهم) إشارة إلى أن تأويل البائع ذلك في يمينه ليس بصحيح، ولكن يوقعه في وهم الصحة؛ للوجه الذي ذكرنا.

وإنما قلنا: إن تأويله ليس بصحيح؛ لما ذكر في المبسوط في هذه المسألة قال: فإن لم يكن للمشتري بينة؛ يحلف البائع البتة بالله لقد باعه وسلّمه وما به هذا العيب، وإنما يذكر التسليم؛ لجواز أن يكون العيب حدث بعد العقد قبل التسليم، إلا أن المشايخ قالوا: النظر للمشتري ينعدم إذا استحلفه بهذه الصفة، فإن العيب لو كان حادثًا بعد العقد؛ فالأحوط أن يحلّفه بالله لقد سلمه بحكم هذا العقد إليه، ولم يكن به هذا العيب. قال: والأصح عندي الأول؛ لأن البائع ينفي العيب عند البيع والتسليم، فلا يكون بارًّا في يمينه إذا لم يكن العيب متيقّنًا في الحالين[1].

فإن قيل: في دعوى الإباق والسرقة ينبغي أن يحلف على العلم؛ لأن هذا تحليف على فعل الغير لأنهما فعل العبد.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ١١٠).

فَيَتَأَوَّلُهُ فِي اليَمِينِ عِندَ قِيَامِهِ وَقتَ التَّسلِيمِ دُونَ البَيعِ، وَلَو لَم يَجِد المُشتَرِي بَيِّنَة عَلَى قِيَامِ العَيبِ عِندَهُ وَأَرَادَ تَحلِيفَ البَائِعِ مَا يَعلَمُ أَنَّهُ أَبَقَ عِندَهُ يُحَلَّفُ عَلَى قَولِهِمَا.

قلنا: لما كان العبد في يد المولى وملكه؛ جعل كأن فعل العبد فعل المولى، فيحلف على البتات؛ لأن الظاهر أن المولى عالم بهما. كذا في فوائد الكافي.

وقال الإمام الحلواني: لما ضمن البائع تسليم المبيع سليمًا، فالاستحلاف يرجع إلى ما ضمن نفسه، ولأن التحليف على فعل الغير إنما يكون على العلم؛ إذا ادعى الذي يحلف أنه لا علم له بذلك، أما إذا ادعى أن لي علمًا بذلك ليحلف على البتات؛ ألا ترى أن المودع إذا قال: قبض المودع الوديعة؛ فالقول له، ويحلف على البتات؛ لادعائه العلم، وكذا الوكيل ببيع العبد لو قال: قبض الموكل ثمن عبد بعته له بحكم الوكالة؛ يحلف على البتات لِادّعائهما العلمَ، وأن القبض فعلًا لغيرهما.

قال الإمام ظهير الدين: هذا لا يقوى بمسألتين:

إحداهما: باع رجلان عبدًا من آخر بصفقة واحدة، ثم مات أحدهما وورثه البائع الآخر، ثم ادعى المشتري عيبًا؛ فإنه يحلف في نصيبه بالجزم، وفي نصيب مورثه بالعلم عند محمد وإن كان يدعي العلم بانتفاء العيب.

والثانية: إذا باع المتفاوضان عبدًا وغاب أحدهما، فادعى المشتري عيبًا؛ يحلف الحاضر على الجزم في نصيب نفسه، وعلى العلم في نصيب الغائب وإن ادّعَى أن له علمًا بذلك.

وقال الإمام السرخسي: يحلف على البتات؛ لأنه استحلاف على فعل نفسه، وهو تسليم المعقود عليه سليمًا كما التزمه. وهذا بعينه جواب الإمام الحلواني.

(فيتأوله)؛ أي: الحالف تعلق الحنث **(في اليمين [٢/ ٨٧/أ] عند قيامه)**؛ أي: قيام العيب.

(على قيام العيب عنده)؛ أي: عند نفسه وهو المشتري.

(أبق عنده)؛ أي: عند المشتري.

وَاختَلَفَ المَشَايِخُ عَلَى قَولِ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله، لَهُمَا: أَنَّ الدَّعوَى مُعتَبَرَةٌ حَتَّى يَتَرَتَّبَ عَلَيهَا البَيِّنَةُ فَكَذَا يَتَرَتَّبُ التَّحلِيفُ.

وَلَهُ: عَلَى مَا قَالَهُ البَعضُ: أَنَّ الحَلِفَ يَتَرَتَّبُ عَلَى دَعوَى صَحِيحَة، وَلَيسَت تَصِحُّ إِلَّا مِن خَصمٍ، وَلَا يَصِيرُ خَصْمًا فِيهِ إِلَّا بَعدَ قِيَامِ العَيبِ ....

(**واختلف المشايخ على قول أبي حنيفة**) قيل: يحلف عنده أيضًا. وقيل: لا يحلف، وهو الأصح.

(**فكذا يترتب التحليف**)؛ يعني: صحة التحليف يترتب على إقامة البينة، ففي كل موضع تصح إقامة البينة يصح به التحليف، وهاهنا تصح إقامة البينة من المشتري، فكذا يصح التحليف.

(**وله**)؛ أي: لأبي حنيفة (**على ما قاله البعض**)؛ أي: بعض المشايخ: أن التحليف لا يصح وإن صح إقامة البينة؛ لأن شرع التحليف لقطع الخصومة، فلا تصح إلا من خصم، والبائع ليس بخصم.

قيل: ثبوت العيب دعوى صحيحة، وهاهنا غير صحيحة؛ لأن صحتها من الخصم، ولا خصم هنا. وفي هذا إشارة إلى أنه لا يشترط لترتيب البينة على الدعوى كونها صحيحة، بل تقوم البينة فيما لا دعوى فيه أصلًا كالحدود، فأولى أن تقوم البينة عند فوات صحتها، وكذا تصح إقامة البينة على أنه وكيل أو وارث فلان بلا دعوى.

(**ولا يصير**)؛ أي: المشتري وهو المدعي (**خصما فيه**)؛ أي: فيما ذكرنا (**إلا بعد قيام العيب عنده**)؛ أي: عند نفسه.

وفي الكافي: والأصح: أنه لا يحلف؛ لأن التحليف شرع لدفع الخصومة لا لإثباتها، ولو حلف البائع هنا لا تنقطع الخصومة، فتحدث بينهما خصومة أخرى؛ أن هذا العيب [هل][1] كان عند البائع أو لا؟ ويحتاج إلى الاستحلاف مرة أخرى.

وعندهما: لما ادعى [عليه][2] معنى لو أقر به لزمه، فإذا أنكر يستحلف

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

وَإِذَا نَكَلَ عَنِ اليَمِينِ عِندَهُمَا يَحلِفُ ثَانِيا لِلرَّدِّ عَلَى الوَجهِ الَّذِي قَدَّمنَاهُ.

قَالَ ﷺ: إِذَا كَانَت الدَّعوَى فِي إِبَاقِ الكَبِيرِ، يَحلِفُ مَا أَبَقَ مُنذُ بَلَغَ مَبلَغَ الرِّجَالِ؛ لِأَنَّ الإِبَاقَ فِي الصِّغَرِ لَا يُوجِبُ رَدَّهُ بَعدَ البُلُوغِ.

رجاء النكول، كما في سائر الأموال؛ إذ النكول إقرار، لكنه يستحلف على العلم؛ لأنه على فعل الغير وهو العبد.

(وإذا نكل)؛ أي: البائع **(عن هذا اليمين يستحلف ثانيا للرد على الوجه الذي ذكرنا)**؛ أي: على البتات مبلغ الرجال؛ لأنه لو حلف مطلقًا يضيع حق البائع؛ لأن الإباق لو كان بعد البلوغ والبيع في الصغر؛ لا يوجب الرد، والبائع لا يعلم هذا الحكم، فيمتنع عن الحلف ويرد المشتري، مع أنه ليس له الرد، فيتضرر البائع. ولو أراد المشتري الرد، ولم يدع البائع عليه شيئًا؛ يسقط حق الرد، ثم يحلف المشتري عليه؛ لأن التحليف لقطع الخصومة، وفيه إنشاؤها.

وعند أبي يوسف: يحلف عليه؛ صيانة لقضائه عن النقض لو ظهر ذلك في ثاني الحال.

وفي جمع البخاري: عن أبي يوسف: يُحلّفه بالله ما علم بالعيب حين اشتراه، وما رضي به ولا عرضه على البيع، وأكثر القضاة يحلف بالله ما سقط حقك في الرد بالعيب، من الوجه الذي يدعيه نصًا ولا دلالة، وهو الصحيح، وأحب إلي أن يستحلفه وإن لم يَدَّعِ. ولو ادعى سقوط حق الرد؛ يحلف المشتري بالاتفاق.

وفي شرح قاضي خان: العيب إذا كان مشاهدًا وهو مما لا يحدث مثله؛ يقضي بالرد، وإن كان مما يحدث واختلفا في حدوثه؛ فالبينة للمشتري؛ لأنه يثبت الخيار، والقول للبائع؛ لإنكاره الخيار، ويحلفه على البتات، وإن كان مما لا يشاهد كالعيوب الباطنة والأفعال الرديئة؛ يسأل البائع، هل به هذا العيب الآن؟ فإن جحده فلا خصومة حتى يقيم المشتري البينة عليه. ولو استحلفه يستحلفه على العلم، فإن نكل أو أقر أو قامت بينة؛ فعلى التفصيل الذي بيّنّا.

اشترى جارية بالغة وادعى أنها خنثى؛ يحلف البائع أنه مما لا ينظر إليه الرجال والنساء.

قَالَ: (وَمَن اشتَرَى جَارِيَة وَتَقَابَضَا فَوَجَدَ بِهَا عَيبًا فَقَالَ البَائِعُ: بِعتُك هَذِهِ وَأُخرَى مَعَهَا، وَقَالَ المُشتَرِي: بِعتَنِيهَا وَحدَهَا فَالقَولُ قَولُ المُشتَرِي)؛ لِأَنَّ الِاختِلَافَ فِي مِقدَارِ المَقبُوضِ، فَيَكُونُ القَولُ لِلقَابِضِ كَمَا فِي الغَصبِ (وَكَذَا إِذَا

وجد به عيبا فقال له البائع: تبيعه؟ قال: نعم؛ يلزمه؛ لأنه عرض على البيع. ولو قال: بعه، فإن لم يشتر رده علي، فعرضه فلم يشتر؛ سقط الرد. ولو وجد البائع الثمن زيوفا فقال المشتري للبائع: أنفقه فإن لم يرج رُدَّهُ عليّ، فلم يرج؛ رَدّهُ استحسانا. ولو كان ثوبًا فقال: هو قصير، وقال البائع: أره الخياط، فإن قطعه وإلّا ردّه، ففعل فإذا هو قصير؛ فله الرد. اشترى لميت كفنًا ثم وجد به عيبا؛ لا يرده ولا يرجع بالأرش حتى يحدث به عيب مانع من الرد.

وفي القنية: لو وجده معيبًا فخاصم بائعه فيه، ثم ترك الخصومة أيامًا ثم عاد إليها، فقال له بائعه: لم أمسكت عن الخصومة مدة؟ فقال المشتري: لأنظر أنه يزول أم لا؛ فله الرد. كذا في المجتبى.

قوله: (**وتقابضا**)؛ أي: قبض كل واحد البدل، وفائدة دعوى البائع [خبر نفع][١] تخصيص الثمن على تقدير الرد، ولهذا قال: (**وتقابضا**) وإن كان يكفيه قوله: (**وقبضها**) ولأن الثمن لو لم يكن مقبوضًا لا يبالى بتخصيص الثمن؛ لأن الدين لا يقبله. كذا قيل.

(**القول للقابض**)؛ لأنه منكر للزيادة، وأنه أعرف بحال [٢/ ٨٧/ ب] المقبوض، فيكون القول له (**كما في الغصب**)؛ يعني: إذا ادعى المغصوب منه غصب غلامين، فقال الغاصب: ما غصب إلّا واحدًا؛ فالقول له؛ لأنه هو القابض، فكذا هاهنا.

ولأن المنازعة بينهما في مقدار المقبوض، فالمشتري ينكر الزيادة، ثم البيع انفسخ في المردود بالرد، وذلك مسقط للثمن عن المشتري، والبائع يدعي لنفسه بعض الثمن عليه بعدما ظهر سبب المسقط، والمشتري منكر لذلك، فالقول له مع يمينه.

---

(١) كذا بالنسخة الثانية، وفي الأصل: (جزء يقع).

اتَّفَقَا عَلَى مِقدَارِ المَبِيعِ وَاختَلَفَا فِي المَقبُوضِ) لِمَا بَيَّنَّا.

قَالَ: **(وَمَن اشتَرَى عَبدَينِ صَفقَة وَاحِدَة فَقَبَضَ أَحَدَهُمَا وَوَجَدَ بِالآخَرِ عَيبًا، فَإِنَّهُ يَأخُذُهُمَا أَو يَدعُهُمَا)؛ لِأَنَّ الصَّفقَةَ تَتِمُّ بِقَبضِهِمَا فَيَكُونُ تَفرِيقُهَا قَبلَ التَّمَامِ وَقَد ذَكَرنَاهُ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ القَبضَ لَهُ شَبَهٌ بِالعَقدِ فَالتَّفرِيقُ فِيهِ كَالتَّفرِيقِ فِي العَقدِ.**

وَلَو وَجَدَ بِالمَقبُوضِ عَيبًا اختَلَفُوا فِيهِ. وَيُروَى عَن أَبِي يُوسُفَ رحمه الله**: أَنَّهُ يَرُدُّهُ خَاصَّة، وَالأَصَحُّ: أَنَّهُ يَأخُذُهُمَا أَو يَرُدُّهُمَا؛ لِأَنَّ تَمَامَ الصَّفقَةِ تَعَلَّقَ بِقَبضِ المَبِيعِ وَهُوَ اسمٌ لِلكُلِّ، فَصَارَ كَحَبسِ المَبِيعِ لَمَّا تَعَلَّقَ زَوَالُهُ بِاستِيفَاءِ الثَّمَنِ لَا يَزُولُ ....**

(اتفقا على مقدار المبيع) بأن قال: المبيع جاريتين **(واختلفا في المقبوض)** بأن قال البائع: قبضتهما، وقال المشتري: ما قبضت إلا واحدة **(لما بينا)** وهو أن القول للقابض؛ لأنه منكر الزيادة.

قوله: (وقد ذكرناه)؛ أي: في باب خيار الرؤية، وقد بينا الاختلاف ثمة.

(لأن القبض له)؛ أي: للقبض شبه بالعقد من وجهين:

أحدهما: أن القبض يثبت ملك التصرف وملك اليد، والعقد يثبت ملك الرقبة.

والثاني: أن القبض مؤكد لما أثبته العقد؛ ألا ترى أن شهود الطلاق قبل الدخول يضمنون نصف المهر إذا رجعوا؛ لأنه على شرف الزوال بتمكينها من الزوج، فالشهود أكدوا نصف المهر، فصاروا كأنهم ألزموا نصف المهر على الزوج، وحكم المشبه حكم ذلك الشيء من وجه؛ ألا ترى أن العبادة للنار حرام، والصلاة على النجاسة حرام، ولو صلّى وقِبَلَه نارٌ وبقُرْبِهِ نجاسةٌ مكروُهُ.

(ويروى عن أبي يوسف) إلى آخره: ووجهه: أن الصفقة تامة في حق المقبوض، فبالنظر إليه لا يلزم التفريق؛ لأنه بعد تمام البيع. والأول هو الصحيح؛ لأن التمام تعلق بقبض المبيع، والمبيع اسم للكل.

(وصار)؛ أي: تمام الصفقة **(كحبس المبيع)** حتى يستوفي الثمن؛ اعتبارًا لجانب المبيع بجانب الثمن.

(زواله)؛ أي: زوال الحبس، يعني: لما تعلق بطلان الحبس باستيفاء

دُونَ قَبضِ جَمِيعِهِ (وَلَو قَبَضَهُمَا ثُمَّ وَجَدَ بِأَحَدِهِمَا عَيبا يَرُدُّهُ خَاصَّة)(*) خِلَافًا لِزُفَرَ. هُوَ يَقُولُ: فِيهِ تَفرِيقُ الصَّفقَةِ وَلَا يَعرَى عَن ضَرَرٍ؛ لِأَنَّ العَادَةَ جَرَت بِضَمِّ الجَيِّدِ إِلَى الرَّدِيءِ فَأَشبَهَ مَا قَبلَ القَبضِ وَخِيَارَ الرُّؤيَةِ وَالشَّرطِ. وَلَنَا: أَنَّهُ تَفرِيقُ الصَّفقَةِ بَعدَ التَّمَامِ؛ لِأَنَّ بِالقَبضِ تَتِمُّ الصَّفقَةُ فِي خِيَارِ العَيبِ، وَفِي خِيَارِ الرُّؤيَةِ وَالشَّرطِ لَا تَتِمُّ بِهِ عَلَى مَا مَرَّ، ....

الثمن؛ لا يزول الحبس (دون قبض جميعه)؛ أي: جميع الثمن، والصفقة وإن تناهت في المقبوض، لكن لم تتناهَ فيما لم يقبض، اختار[1] التفريق بين الجواز وعدمه، فلم يجز بالشك. كذا في الكافي.

قوله: (خلافًا لزفر) حيث قال: ليس له أن يرد أحدهما، وبه قال الشافعي في قول.

(هو)؛ أي: زفر (يقول فيه) [أي:][2] في رد أحدهما (تفريق الصفقة) فيتضرر البائع، فأشبه [قوله: بجامع تضرر البائع، يعني: لو وجد العيب][3] قبل القبض لا يردّ المعيب خاصة. هكذا ذكره في المبسوط وغيره.

وذكر في المختلف ما يخالف هذا فقال: لو اشترى عبدين ووجد بأحدهما عيبًا قبل القبض؛ رد حصته من الثمن عند زفر، كما لو وجد به عيبًا بعد القبض؛ فإنه يرده خاصة. كذا في الكافي.

(ولنا: أنه)؛ أي: الرد (تفريق بعد التمام)؛ يعني: الصفقة تتم بالقبض؛ لأن العيب لا يمنع تمام الصفقة، فيرد المبيع خاصة، وبه قال الشافعي في قول، وعنده لا تفاوت بين القبض وعدمه في خيار العيب والرؤية والشرط، فإن له في الكل قولين.

(على ما مر)؛ أي: في باب خيار الرؤية، وأما تضرر البائع من الوجه الذي قاله زفر يلزم من تدليسه، فلا يعتبر في حق المشتري، وليس من ضرورة شرط الخيار له في أحدهما ثبوته في الآخر، كما لو سمى لكل واحد ثمنا وشرط

(*) الراجح: قول الجمهور.

(١) في الأصل: (حذار) والمثبت من النسخة الثانية.

(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية. (٣) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

وَلِهَذَا لَو استُحِقَّ أَحَدُهُمَا لَيسَ لَهُ أَن يَرُدَّ الآخَرَ.

الخيار لنفسه في أحدهما، وهذا في شيئين يمكن إفرادهما بالانتفاع كالعبدين، أما إذا لم يمكن كالنعلين أو الخفين أو مصراعي الباب؛ فإنه يردهما أو يمسكهما بالإجماع؛ لأنهما في الصورة شيئان، وفي المعنى والمنفعة كشيءٍ واحدٍ؛ إذ لا يتأتى الانتفاع بأحدهما دون الآخر، والمعتبر هو المعنى.

ولأنه لو رد المعيب خاصة لعاد إلى البائع بعيب حادث؛ لأن التفريق بينهما يوجب قطع الانتفاع، وذلك عيب، فإن كان ما باع لا عيب فيه؛ ليس له أن يرد ما بقي، ولا يرجع بشيء كما في الشيء الواحد حقيقة. كذا في المبسوط[1].

وللشافعي في مثل مصراعي الباب وزوجي الخف وجهان، في وجه: يجوز رد أحدهما، كما في العبدين والثوبين. وفي وجه: لا يجوز؛ لأنه يلزم نقصان القيمة. كذا في تتمتهم.

وفي شرح الوجيز: ولا سبيل إلى رد أحدهما بدون الآخر، وارتكب بعضهم طرد القولين فيه أيضًا[2].

وفي الإيضاح، والفوائد الظهيرية: ولهذا قال مشايخنا: لو اشترى زوجي ثور وقبضهما، ثم وجد بأحدهما عيبًا، وقد أَلِفَ أحدُهما بالآخر بحيث لا يعمل بدونه؛ لا يملك رد المعيب خاصة. ولو قال المشتري: أنا أمسك المبيع المعيب، وآخذ النقصان في الذي يمكن إفراد أحدهما بالانتفاع كالعبدين والثوبين؛ ليس له ذلك؛ لأنه لما رضي بالمعيب فات حقه في وصف السلامة، فلم يكن له أن يطالبه [٢/ ٨٨/ أ] بالنقصان، والاستحقاق وتميز العيب قبل القبض وبعده؛ لأن الاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة بالقبض.

وقوله: (ولهذا لو استحق أحدهما)؛ أي: بعد القبض، استدلالًا بأن تفريق الصفقة بعد تمامها لا يكون ممتنعًا؛ إذ لو كان ممتنعًا ينبغي أن يتمكن من الرد في غير المستحق باستحقاق أحدهما في يد المشتري، وحيث لا يتمكن من الرد، أما لو استحق أحدهما قبل القبض له الخيار في الآخر؛ لتفرق الصفقة قبل التمام.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ١٠٢).

(٢) العزيز شرح الوجيز للرافعي (٤/ ١٤٣).

قَالَ: (وَمَن اشتَرَى شَيئًا مِمَّا يُكَالُ أَو يُوزَنُ فَوَجَدَ بِبَعضِهِ عَيبًا رَدَّهُ كُلَّهُ أَو أَخَذَهُ كُلَّهُ) وَمُرَادُهُ بَعدَ القَبضِ؛ لِأَنَّ المَكِيلَ إذَا كَانَ مِن جِنس وَاحِد فَهُوَ كَشَيءٍ وَاحِدٍ؛

فإن قيل: عدم جواز تفرق الصفقة باعتبار ضرر البائع؛ لأن عادة التجار ضم الرديء إلى الجيد، فَبِرَدِّ أحدهما يوجب الضرر عليه، سواء كان قبل القبض أو بعده في العيب والاستحقاق جميعًا.

قلنا: يحتمل أن يكون مراد البائع الضم، ويحتمل ألا يكون مراده الضم، فعملنا بالشبهين، فقيل: يعتبر ضرره باعتبار الضم، ولا يعتبر ضرر المشتري لعدم [تمام][١] الصفقة، يعني: أنه يلزم التفريق قبل التمام، وبعد القبض لا يعتبر ضرره؛ لاحتمال عدم إرادة الضم، مع أن الصفقة تمت. كذا في فوائد الكافي.

قوله: (ومراده بعد القبض) وإنما قيد به؛ لأنه إذا كان قبل القبض لا يتفاوت الحكم عندنا بين المكيل والموزون وغيرهما؛ في أنه لا يجوز تفريق الصفقة برد المعيب خاصة، وأما إذا كان بعد القبض؛ فيجوز تفريق الصفقة فيما عدا المكيل والموزون، وأما فيهما فلا يجوز إذا كانا في وعاء واحد، على ما هو اختيار المشايخ. وللشافعي قولان في الكل، قبل القبض وبعده على ما ذكرنا.

وقوله: (من جنس واحد) احتراز عما إذا كان المكيل من جنسين، كالحنطة والشعير؛ فإن للمشتري أن يرد المعيب خاصة.

وللشافعي قولان أيضًا فيه؛ بناء على جواز تفريق الصفقة وعدمه.

(فهو)؛ أي: المكيل **(كالشيء الواحد)**؛ أي: حكمًا وتقديرًا، لا تحقيقًا؛ لأن المالية والتقويم في المكيلات والموزونات باعتبار الاجتماع، فإن الحبة الواحدة ليست متقومة، حتى لا يصح بيعها، فكانت القابلية للبيع باعتبار الاجتماع، فصار الكل في حق البيع كشيء واحد، والشيء الواحد لا يرد بعضه بالعيب دون البعض.

يوضحه: أنه إذا ميز المعيب ازداد عيبه، فالمعيب من الحنطة عند

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

أَلَا يُرَى أَنَّهُ يُسَمَّى بِاسمِ وَاحِدٍ وَهُوَ الكُرُّ وَنَحوُهُ. وَقِيلَ: هَذَا إِذَا كَانَ فِي وِعَاءٍ وَاحِدٍ، فَإِذَا كَانَ فِي وِعَاءَينِ، فَهُوَ بِمَنزِلَةِ عَبدَينِ حَتَّى يَرُدَّ الوِعَاءَ الَّذِي وَجَدَ فِيهِ العَيبَ دُونَ الآخَرِ.

الاختلاط بما ليس بمعيب؛ لأنه يتبين فيه من العيب ما يتبين إذا ميز عما ليس بمعيب، والمشتري لا يتمكن من الرد بعيب أكثر مما خرج عن ضمان البائع، بخلاف العبدين؛ حيث له رد أحدهما؛ لأنهما غيران حقيقة، والتمييز بينهما لا يوجب زيادة عيب في التسليم، فكان له حق الرد. كذا في المبسوط[١].

فإن قيل: لو جعلا كشيء واحد حكمًا؛ ينبغي أن يثبت له حق الرد في الباقي في صورة الاستحقاق، كما في الثوب أو العبد الواحد، وليس كذلك بالإجماع.

قلنا: في استحقاق البعض بعد القبض عن أبي حنيفة روايتان، فعلى إحداهما: السؤال ساقط، وعلى الأخرى يقول: في الاستحقاق بغيره شيئًا واحدا، كما في العيب، إلا أن استحقاق بعض المكيل والموزون لا يوجب عيبًا فيما استحق ولا فيما لا يستحق؛ لأن المستحق في المالية وغير المستحق سواء، فلا يزول بسبب الاستحقاق من المالية في الباقي حتى يكون عيبًا، وكذلك لا يوجب نقصانًا في الانتفاع بالباقي؛ لأنهما يقسمان، بخلاف ما لو وجد في البعض عيبًا وميزه يردّه؛ لأن تمييز المعيب من غير المعيب يوجب زيادة عيب. كذا في الجامع البرهاني، والفوائد الظهيرية.

قوله: (ونحوه) كالوسق والفرق، ولهذا جعل رؤية البعض كرؤية الكل كالثوب الواحد بمنزلة عبدين.

وفي المبسوط: بمنزلة ثوبين، والجنسين كالحنطة والشعير، فإنه يرده على الوجه الذي خرج من ضمان البائع، والأظهر في الجنس الواحد بصفة واحدة أنه كشيء واحد، سواء كان في وعائين أو في وعاء واحد، فإنه إما أن يرد الكل أو يمسك الكل[٢].

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ٧٦).

(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ٧٦).

(وَلَو استُحِقَّ بَعضُهُ فَلَا خِيَارَ لَهُ فِي رَدِّ مَا بَقِيَ)؛ لِأَنَّهُ لَا يَضُرُّهُ التَّبعِيضُ، وَالِاستِحقَاقُ لَا يَمنَعُ تَمَامَ الصَّفقَةِ؛ لِأَنَّ تَمَامَهَا بِرِضَا العَاقِدِ لَا بِرِضَا المَالِكِ، وَهَذَا إِذَا كَانَ بَعدَ القَبضِ، أَمَّا لَو كَانَ قَبلَ القَبضِ فَلَهُ أَن يَرُدَّ مَا بَقِيَ لِتَفَرُّقِ الصَّفقَةِ قَبلَ التَّمَامِ. قَالَ: (وَإِن كَانَ ثَوبًا فَلَهُ الخِيَارُ)؛ لِأَنَّ التَّشقِيصَ فِيهِ عَيبٌ وَقَد كَانَ وَقتَ البَيعِ ....

(ولو استحق بعضه)؛ أي: بعض ما يكال أو يوزن بعد القبض **(لأنه لا يضره التبعيض)** والشركة في المكيلات والموزونات لا تعد عيبًا؛ باعتبار أن التبعيض لا يضرهما بعد القبض؛ لتمام الصفقة.

وقوله: (والاستحقاق): جواب إشكال، وهو أن يقال: ينبغي أن يكون له الخيار في رد ما بقي في صورة الاستحقاق؛ كيلا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام.

فقيل له: لا يلزم ذلك؛ لأنه لو لزم ذلك للزم باعتبار الاستحقاق، وذلك لا يمنع تمام الصفقة.

وفي المبسوط: فباستحقاق البعض لا يتعيب ما بقي منه، وقد تمت الصفقة [٢/ ٨٨/ ب] بالقبض.

(لأن تمامها)؛ أي: تمام الصفقة **(برضا العاقد)**؛ أي: تمام العقد يستدعي تمام الرضا من العاقد لا من المالك، وهو المستحق وقد وجد.

وفي الإيضاح: العقد حق العاقد، فتمامه يستدعي تمام الرضا منه، وبالاستحقاق ينعدم رضا المالك لا رضا العاقد، ولهذا قلنا: في الصرف ورأس مال السلم لو أجاز المستحق بعدما افترقا؛ يبقى العقد صحيحًا، فعلم أن تمام العقد يستدعي تمام رضا العاقد لا المالك.

(وهذا)؛ أي: كون الاستحقاق لا يوجب خيار الرد.

(وإن كان)؛ أي: المستحق **(ثوبًا)**.

(لأن التشقيص فيه)؛ أي: في الثوب **(عيبٌ)** عرفًا **(وقد كان)**؛ أي: التشقيص **(وقت البيع)**؛ يعني: أن عيب الشركة فيه لم يحدث في يد المشتري حتى يمنع الرد، بل كان في يد البائع.

حَيثُ ظَهَرَ الِاستِحقَاقُ، بِخِلَافِ المَكِيلِ وَالمَوزُونِ.

قَالَ: (وَمَن اشتَرَى جَارِيَة فَوَجَدَ بِهَا قُرحًا فَدَاوَاهُ، أَو كَانَت دَابَّة فَرَكِبَهَا فِي حَاجَة فَهُوَ رِضًا)؛ لِأَنَّ ذَلِكَ دَلِيلُ قَصدِهِ الِاستِبقَاءَ بِخِلَافِ خِيَارِ الشَّرطِ؛ لِأَنَّ الخِيَارَ هُنَاكَ لِلِاختِبَارِ ....

(حيث ظهر الاستحقاق) والظهور يبنى على الثبوت، فكذلك للمشتري الرد، بخلاف تمييز الجيد من الرديء في الطعام إن كان في وعاء واحد؛ فإنه عيب جديد كما مر، فافترقا.

قوله: (ومن اشترى) إلى آخره: الأصل في هذه المسائل: أن تصرف المشتري بشيء يدل على الرضا بعد العلم بالعيب يمنع الرد والأرش، نحو: العرض على البيع، والإجارة واللبس، والركوب لحاجته، والمداواة، والرهن والكتابة، والاستخدام مرة ثابتة؛ لأنه صار راضيًا بالعيب، والإمساك بالتصرف على ما ذكرنا في خيار الشرط. كذا في الإيضاح والكافي.

ولا خلاف لأحد فيه، غير أن الشافعي يبطل خيار الرد بتأخير الرد من غير عذر، وقال: إن الأصل في البيع اللزوم، فإذا أمكنه الرد وقصر؛ لزمه حكمه، ولا يتوقف على حضور الخصم والقضاء، ولهذا لو اطلع على العيب في الليل؛ يفسخ في الحال، ويشهد على نفسه بذلك إن أمكنه، وإن لم يكن عنده أحد يفسخ في نفسه، حتى لو أخره بطل حقه. هذا طريقة أكثر أصحابه.

وقال القفال: لا يلزمه الفسخ في الحال ولا الإشهاد، وله أن يؤخر إلى أن يأتي القاضي. وعندنا: ما لم يوجد منه تصرف يدل على استيفاء الملك؛ لا يبطل خياره.

(في حاجة)؛ أي: في حاجة نفسه لا للرد. وفي بعض النسخ: (في حاجته)؛ أي: في حاجة المشتري.

(لأن الخيار هناك)؛ أي: في خيار الشرط (للاختبار)؛ أي: الامتحان؛ لأن خيار الشرط شرع له، والركوب واللبس مرة يحتاج إليه للاختبار، فلو جعل ذلك اختيارًا للملك؛ تفوت فائدة خيار الشرط، وأما خيار العيب؛ فإنما شرع

وَأَنَّهُ بِالِاستِعمَالِ فَلَا يَكُونُ الرُّكُوبُ مُسقِطًا (وَإِن رَكِبَهَا لِيَرُدَّهَا عَلَى بَائِعِهَا أَو لِيَسقِيَهَا أَو لِيَشتَرِيَ لَهَا عَلَفًا فَلَيسَ بِرِضًا) أَمَّا الرُّكُوبُ لِلرَّدِّ؛ فَلِأَنَّهُ سَبَبُ الرَّدِّ، وَالجَوَابُ فِي السَّقيِ وَاشتِرَاءِ العَلَفِ مَحمُولٌ عَلَى مَا إِذَا كَانَ لَا يَجِدُ بُدًّا مِنهُ، إِمَّا لِصُعُوبَتِهَا أَو لِعَجزِهِ أَو لِكَونِ العَلَفِ فِي عِدلٍ وَاحِدٍ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ يَجِدُ بُدًّا مِنهُ لِانعِدَامِ مَا ذَكَرنَاهُ يَكُونُ رِضًا.

قَالَ: (وَمَن اشتَرَى عَبدًا قَد سَرَقَ وَلَم يَعلَمْ بِهِ، فَقُطِعَ عِندَ المُشتَرِي، لَهُ أَن يَرُدَّهُ وَيَأخُذَ الثَّمَنَ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ. ....

للرد ليصل إلى رأس ماله عند عجزه عن الوصول إلى الجزء الفائت، وقد تصرف تصرفًا لا يحلُّ بلا ملك، فجعل دليل الرضا والإمساك.

(**فلأنه**)؛ أي: الركوب للرد (**سبب للرد**) فإنه يحتاج في ردها إلى سوقها، وربما لا تنقاد له ما لم يركبها.

(**والجواب في السقي وشراء العلف**)؛ يعني: لو ركبها للسقي وشراء العلف لا يكون رضًا استحسانًا، وبه قال الشافعي في قول؛ لأنه ربما لا يجد منه بدًّا، إما لصعوبة الدابة؛ لكونها جموحًا، أو لعجز المشتري عن المشي؛ بأن كان مريضًا أو شيخًا كبيرًا.

(**في عِدلٍ واحدٍ**) قيد به؛ لأنه لو كان في عِدلين وركب يكون رضًا، فقد ذكر محمد في السير الكبير: لو كان الجوالق للعلف واحدًا، فركب لا يكون رضًا؛ لأنه لا يمكنه حمل جوالق واحد إلّا بالركوب، ولو كان الجوالق اثنين فركب يكون رضًا؛ لأن حمل العلف ممكن بدون الركوب، وقبل الركوب للرد لا يكون رضًا وإن أمكنه الرد بدونه؛ لأنه مفضٍ إلى الردِّ ومقرٌّ له، ولا كذلك الركوب للسقي وشراء العلف. كذا في الكافي.

قوله: (**ولم يعلم به**)؛ أي: المشتري لم يعلم بكون العبد سرق، ولا وقت البيع ولا وقت القبض. كذا ذكره التمرتاشي.

(**ويأخذ الثمن**)؛ أي: كله. هكذا ذكره في عامة شروح الجامع الصغير، وهكذا في بعض روايات المبسوط.

وَقَالَا: يَرجِعُ بِمَا بَينَ قِيمَتِهِ سَارِقًا إِلَى غَيرِ سَارِقٍ)(*) وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ إِذَا قُتِلَ بِسَبَب وُجِدَ فِي يَدِ البَائِعِ.

وَالحَاصِلُ: أَنَّهُ بِمَنزِلَةِ الِاستِحقَاقِ عِندَهُ، وَبِمَنزِلَةِ العَيبِ عِندَهُمَا. لَهُمَا: أَنَّ المَوجُودَ فِي يَدِ البَائِعِ سَبَبُ القَطعِ وَالقَتلِ، وَأَنَّهُ لَا يُنَافِي المَالِيَّةَ ....

[وفي جامع التمرتاشي، وبعض روايات المبسوط:](١) يرجع بنصف الثمن.

ووجه التوفيق: أن القطع كان مستحقًّا بسبب كان عند البائع، واليد من الآدمي نصفه، فينقص قبض المشتري في النصف، فيكون للمشتري الخيار: إن شاء رجع بنصف الثمن، وإن شاء رد ما بقي ويرجع بجميع الثمن، كما لو قطعت يده عند البائع. وقول من قال: يرجع بكل الثمن؛ منصرف إلى اختيار رد العبد المقطوع. وقول من قال: بالنصف؛ منصرف إلى اختيار إمساكه.

(وقالا)؛ أي: أبو يوسف ومحمد **(يرجع بما بين قيمته)**؛ يعني: يرجع بالنقصان، وبه قال الشافعي إن لم يمت من القطع، وإن مات منه يرجع بجميع الثمن كما قال أبو حنيفة، وهو اختيار المزني.

وعندنا: لو مات من القطع يرجع بنصف الثمن لا بكله.

(بسبب وجد في يد البائع): صورته: اشترى عبدًا مباح الدم؛ لقود أو ردة أو قطع طريق، فقتل عند المشتري؛ يرجع على البائع بكل الثمن عند أبي حنيفة [٢/ ٨٩/ أ]، وبه قال الشافعي في قول، وهو اختيار المزني، وأبي إسحاق المروزي.

وعندهما: يقوم مباح الدم ومعصوم الدم، فيرجع بفضل ما بينهما، وبه قال الشافعي في قول، وهو اختيار ابن سريج(٢) وابن أبي هريرة من أصحابه.

وفي صحة بيع العبد الجاني له قولان، أحدهما: أنه يصح، واختاره المزني. والثاني: لا يصح، وما ذكرنا من القولين في الرجوع بكل الثمن والنقصان على قول صحة البيع. كذا في كتبهم.

قوله: (وأنه)؛ أي: سبب القطع والقتل **(لا ينافي المالية)** بدليل صحة البيع

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(٢) وقع في الأصول(شريح) وهو أبو العباس أحمد بن عمر بن سريج الشافعي.

فَنَفَذَ العَقدُ فِيهِ، لَكِنَّهُ مُتَعَيِّبٌ فَيَرجِعُ بِنُقصَانِهِ عِندَ تَعَذُّرِ رَدِّهِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا اشتَرَى جَارِيَة حَامِلًا فَمَاتَت فِي يَدِهِ بِالوِلَادَةِ، فَإِنَّهُ يَرجِعُ بِفَضلِ مَا بَينَ قِيمَتِهَا حَامِلًا إِلَى غَيرِ حَامِل. وَلَهُ: أَنَّ سَبَبَ الوُجُوبِ فِي يَدِ البَائِعِ وَالوُجُوبُ يُفضِي إِلَى الوُجُودِ، فَيَكُونُ الوُجُودُ مُضَافًا إِلَى السَّبَبِ السَّابِقِ، ....

ونفاذ تصرفه فيه بالعتق وغيره، ولو كان لحل الدم أثر في انعدام المالية؛ لما صح البيع كما في الحُرِّ. كذا في الأسرار.

وفي المبسوط: ولهذا لو مات كان الثمن متقررًا على المشتري، وليس لولي القصاص حق في ماليته، حتى إن المشتري إذا اشتراه ووليُّ الدم يأباه؛ يصح البيع ويملكه المشتري، بخلاف المرتهن؛ فإنه لو أبى صحة بيع المرهون لا يصح بيعه؛ لتعلق حقه بالمالية، فعلم من هذا أن استحقاق العقوبة متعلق بآدميته لا بماليته، فلا يجرى استيفاء العقوبة مجرى الاستحقاق؛ لأن المستحق مستحق لماليته لا لآدميته. إليه أشير في الأسرار، والمبسوط.

والحاصل: أن السبب الموجود في يد البائع أوجب الفعل في الدم والحياة، لا في المالية، وإنما تذهب المالية باستيفاء القتل، وذلك فعل أنشأه المستوفي باختياره بعدما دخل المبيع في ضمان المشتري، بخلاف الاستحقاق؛ لأن المستحق هناك ما تناوله البيع، فينتقض به قبضه من الأصل. كذا في الفوائد.

(عند تعذر رده) فالتعذر في صورة القتل ظاهر، وفي صورة القطع؛ لأن الاستيفاء غير الوجوب، فكان استيفاء القطع غير عيب حادث في يده، أما لو علم أنه مستحق القطع أو القتل قبل استيفائهما؛ فله أن يرده ويأخذ الثمن عندهما، وبه قال الشافعي.

(فإنه)؛ أي: المشتري **(يرجع بفضل)** إلى آخره: وفي جامع قاضي خان: هذا إذا لم يعلم بحملها لا وقت الشراء ولا وقت القبض.

(وله)؛ أي: لأبي حنيفة **(أن سبب الوجوب)**؛ أي: وجوب القطع أو القتل.

(فيكون الوجود)؛ أي: وجود القطع أو القتل **(مضافا إلى السبب السابق)** وهو سرقته وقتله في يد البائع أوجب استحقاق الفعل، واستحقاقه أوجب

....

وجوده، ووجوده أوجب فوته، فصار فوته مضافًا إلى السبب بهذه الوسائط، فينتقض قبضه، كما لو استحقه مستحق وهلك في يد البائع.

والدليل على أن نسبة التلف إلى سبب الاستحقاق واجب، وأن المحل بحكم الاستحقاق يصير كالتالف: أنه لو حصل سبب استحقاق التلف في المغصوب في يد الغاصب، فرده على المالك ثم قتل، أو قطع بناء على ذلك السبب؛ يرجع المالك بكل القيمة أو بنصف القيمة على الغاصب. كذا في الكافي.

وفي بعض الفوائد، فكان السبب السابق بمنزلة علة العلة لفوات المالكية، فمن هذا الوجه المستحق كأنه المالية، نعم إن استحقاق النفسية في حكم الاستيفاء دون غيره، فبقي محلًّا لانعقاد البيع الصحيح، فإذا مات في يد المشتري؛ فلم يتم الاستحقاق في حكم الاستيفاء، فلهذا كان في ضمان المشتري، أما إذا قتل؛ فقد تم الاستحقاق وبطلت المالية، فلا يتعين أن يظهر الاستحقاق في حكم الاستيفاء دون غيره، كملك الزوج في زوجته، وملك من له القصاص، وإذا كان زوال المالية مضافًا إلى السبب السابق؛ فيرجع بالثمن، كما لو استحقه مالك أو مرتهن أو صاحب دين، وكما إذا قتل المغصوب أو قطع بجناية وحدث في يد البائع.

فإن قيل: يشكل هذا بمسائل:

منها: ما إذا اشترى جارية فوجدها محمومة، فلم يردها حتى ماتت في يده، فلا يضاف ذلك إلى السبب السابق، حتى لا يرجع بالثمن بل يرجع بالنقصان؛ وإن كان موتها بسبب الحمى التي كانت عند البائع.

وثانيها: أن البائع إذا قطع يد العبد أو قطعها غيره، ثم باعه المولى ولم يعلم به المشتري، فمات العبد من ذلك في يد المشتري؛ يرجع بالنقصان لا بالثمن.

وثالثها: ما إذا زَوَّجَ أمته البكر، ثم باعها وقبضها المشتري ولم يعلم به، ثم وطئها الزوج في يد المشتري؛ لا يرجع بنقصان البكارة؛ وإن كان زوال البكارة بسبب كان عند البائع.

وَصَارَ كَمَا إِذَا قُتِلَ المَغصُوبُ أَو قُطِعَ بَعدَ الرَّدِّ بِجِنَايَة وُجِدَت فِي يَدِ الغَاصِبِ، وَمَا ذُكِرَ مِن المَسأَلَةِ مَمنُوعٌ.

ورابعها: أن العبد لو زنى عند البائع، فجلد في يد المشتري فمات منه؛ لا يرجع على البائع بالثمن؛ وإن كان موته بسبب كان عند البائع.

وخامسها: أنه لو سرق في يد البائع، فقطعت في يد المشتري، فسرى القطع فمات؛ يرجع بنصف الثمن [٢/ ٨٩/ ب] لا بِكُلِّهِ؛ وإن كان موته بسبب كان عند البائع.

قلنا: أما في المسألة الأولى؛ فإن الجارية لا تموت بمجرد الحُمَّى، بل بزيادة الآلام وترادفها، وبزيادة ضعف، وهذه الأسباب لم تكن في يد البائع، ولا كذلك فيما نحن فيه.

وأما الثانية؛ فإن البيع لما ورد على قطع البائع أو الأجنبي؛ قطع سراية القطع؛ لأن السراية حق البائع، فينقطع ببيع من له السراية، وفيما نحن [فيه][1] السراية لغير من كان المبيع منه، فيمتنع انقطاع السراية بالبيع.

وأما الثالثة؛ فإن البكارة لا تستحق بالمبيع، حتى لو وجدها ثَيِّبًا لا يتمكن من الرد.

وأما الرابعة؛ فإن المستحق هو الضرب المؤلم، واستيفاء ذلك لا ينافي المالية في المحل، وموته بذلك الضرب إنما كان لمعنى عارض عرض في يد المشتري، وهو خرق الجلاد أو ضعف المجلود، فلم تكن تلك الزيادة مستوفاة حدًّا.

وأما الخامسة؛ فقد ذكرنا جوانبها من المبسوط. هذا كله من المبسوط[2]، والفوائد الظهيرية.

قوله: (وما ذكر من المسألة ممنوعة)؛ يعني: عند أبي حنيفة: يرجع أيضًا بجميع الثمن، فإن الإمام قاضي خان وأبا زيد قالا: وأما مسألة الحامل فعلى قولهما، وأما على قول أبي حنيفة: يرجع بكل الثمن إذا ماتت من الولادة كما هو مذهبه، ولئن سلمنا فنقول: الموجود في يد البائع الإعلاق، وأنه يوجب

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ١١٦).

وَلَو سَرَقَ فِي يَدِ البَائِعِ ثُمَّ فِي يَدِ المُشتَرِي فَقُطِعَ بِهِمَا عِندَهُمَا يَرجِعُ بِالنُّقصَانِ كَمَا ذَكَرنَا.

وَعِندَهُ: لَا يَرُدُّهُ بِدُونِ رِضَا البَائِعِ لِلعَيبِ الحَادِثِ وَيَرجِعُ بِرُبعِ الثَّمَنِ(*)، وَإِن قَبِلَهُ البَائِعُ فَبِثَلَاثَةِ الأَربَاعِ؛ لِأَنَّ اليَدَ مِن الآدَمِيِّ نِصفُهُ ....

انفصال الولد، ولا يفضي إلى الإهلاك غالبا، بل الغالب هو السلامة عند الولادة، وهو نظير الزاني إذا جلد، بخلاف ما إذا غصب جارية فحبلت في يد الغاصب، ثم ردها فولدت في يد المالك وماتت؛ يرجع على الغاصب بقيمة الجارية؛ لأن الرد لم يصح؛ لأن شرطه صحة الرد أن يردها كما أخذ، ولم يوجد، فصار كما لو هلكت في يد الغاصب، أما هاهنا الحبل لا يمنع صحة التسليم إلى المشتري. كذا في جامع العتابي، والمبسوط[1].

وفائدة الخلاف: فيما إذا اطلع على القتل أو القطع، ولم يقتل ولم يقطع، هل يجوز رده أم لا؟

فعند أبي حنيفة: لا يجوز رده؛ لأنه بالاستيفاء يكون بمنزلة الاستحقاق، وعندهما: يجوز، وبه قال الشافعي؛ لأنه بمنزلة العيب، وكونه مستحقًّا للقطع أو للقتل عيب، سواء استوفى أم لا.

وفي تتمتهم: وفائدة الخلاف: تظهر في أمر الكفر والدين، فعلى طريقة المروزي؛ على البائع، وعلى طريقة ابن سريج[2]؛ على المشتري.

قوله: (فبثلاثة الأرباع)؛ يعني: لو قتل البائع هذا العبد المقطوع من السَّرِقَتَين اللتين وجدت إحداهما في يد البائع، والثانية في يد المشتري؛ يرجع المشتري على البائع بثلاثة أرباع الثمن، أما بنصفه؛ فلرد المشتري العبد، فيرجع على البائع بنصف الثمن لذلك، [وأما النصف الثاني][3] فقد فات بسبب قطع اليد (**لأن اليد الواحدة من الآدمي نصفه**) إلا أن ذلك القطع [مضاف][4] إلى

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ١١٦).

(٢) وقع في الأصول(شريح) وهو أبو العباس أحمد بن عمر بن سريج الشافعي.

(٣) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية. (٤) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

وَقَد تَلِفَت بِالجِنَايَتَينِ، وَفِي إِحدَاهُمَا رُجُوعٌ فَيَتَنَصَّفُ؛ وَلَو تَدَاوَلَتهُ الأَيدِي ثُمَّ قُطِعَ فِي يَدِ الأَخِيرِ رَجَعَ البَاعَةُ بَعضُهُم عَلَى بَعض عِندَهُ كَمَا فِي الِاستِحقَاقِ، وَعِندَهُمَا: يَرجِعُ الأَخِيرُ عَلَى بَائِعِهِ وَلَا يَرجِعُ بَائِعُهُ عَلَى بَائِعِهِ(*)؛ لِأَنَّهُ بِمَنزِلَةِ العَيبِ.

السرقتين، فانقسم عليهما بنصفين، فكان نصف هذا النصف فواته بسبب كان عند البائع، فلذلك يرجع المشتري عليه بثلاثة أرباع الثمن.

فإن قيل: أليس أنه إذا حدث عند المشتري عيب، ثم اطلع على عيب كان عند البائع، ورضي البائع برده وقبله؛ يرجع المشتري هناك بجميع الثمن، فلم انتقص هاهنا ربع الثمن، مع أن هذه المسألة نظيره؟

قلنا: لا نسلم أنها نظير تلك؛ لما أن القول وهو الرجوع بثلاثة أرباع الثمن قول أبي حنيفة لا قولهما، فإن عندهما يجري هذا مجرى العيب، وعنده يجري مجرى الاستحقاق والغصب كما ذكرنا، وفي الغصب الحكم كذلك؛ فإنه إذا غصب عبدًا وسرق عنده، فرده على المالك فقُطِعَ في يد المالك؛ فإن المالك يرجع على الغاصب بنصف القيمة، فكذلك هاهنا. كذا في الفوائد الظهيرية.

وقوله: (لأن اليد من الآدمي نصفه) دليل **قوله: (يرجع بنصف الثمن).**

قوله: (ولو تداولته الأيدي)؛ أي: ما سرق في يد البائع الأول.

والباعة: جمع البائع، كالحاكة جمع الحائك، والقافة جمع القائف.

(عنده)؛ أي: عند أبي حنيفة، وبه قال بعض أصحاب الشافعي.

(يرجع الأخير)؛ أي: المشتري الأخير **(على بائعه، ولا يرجع بائعه على بائعه)** وبه قال أكثر أصحاب الشافعي؛ لأن المشتري الأخير لم يصر حابسًا المبيع، حيث لم يبعه، ولا كذلك الآخرون؛ فإن البيع يمنع الرجوع بالنقصان؛ لما ذكر قبل في مسألة [قتل](1) المشتري بقوله؛ ألا ترى أن البيع مما يقصد بالشراء، ثم هو يمنع الرجوع، ولو أعتقه المشتري فقطعت يده أو قتل؛ فعندهما يرجع بنقصان العيب كما في سائر العيوب، وعنده لا يرجع؛ لأن القطع والقتل

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

وَقَولُهُ: فِي الكِتَابِ وَلَم يَعلَم المُشتَرِي، يُفِيدُ عَلَى مَذهَبِهِمَا؛ لِأَنَّ العِلمَ بِالعَيبِ رِضًا بِهِ، وَلَا يُفِيدُ عَلَى قَولِهِ فِي الصَّحِيحِ؛ لِأَنَّ العِلمَ بِالِاستِحقَاقِ لَا يَمنَعُ الرُّجُوعَ.

قَالَ: (وَمَن بَاعَ عَبدًا وَشَرَطَ البَرَاءَةَ مِن كُلِّ عَيبٍ، فَلَيسَ لَهُ أَن يَرُدَّهُ بِعَيبٍ،

لم يتضمنا تفويت المالية هنا؛ لانعدام [٢/ ٩٠/أ] المالية يوم القطع والقتل. كذا ذكره الإمام قاضي خان.

(**وقوله**)؛ أي: قول محمد (**في الكتاب**)؛ أي: الجامع الصغير (**ولم يعلم المشتري**)؛ يعني: قال في أول المسألة: ولم يعلم به. هذا القيد يقيد على قولهما؛ لأن العلم بالعيب رضًا به، فلا يتمكن من الرد.

(**ولا يفيد على قوله**)؛ أي: على قول أبي حنيفة (**في الصحيح**) لأن العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع بكل الثمن، كما لو اشترى ملك الغير على رجاء الإجازة ولم يجزه واستحقه؛ يرجع بكل الثمن.

وقوله: (**في الصحيح**) احتراز عن الرواية الأخرى عن أبي حنيفة: أنه لا يرجع، كما هو قولهما؛ لأن حل الدم من وجه كالاستحقاق، ومن وجه كالعيب، [حتى][1] لا يمنع صحة البيع ونفاذه، فلشبهه بالاستحقاق يرجع بكل الثمن عند الجهل به، ولشبهه بالعيب لا يرجع عند العلم بشيء؛ عملًا بالشبهين. كذا في الكافي.

(**ليس له أن يرده بعيب**) لصحة الشرط والبيع. وقال زفر: البيع صحيح، والشرط فاسد إذا كان مجهولًا، حتى لو عدد العيوب صحت البراءة أيضًا.

وفي مختلف أبي الليث: البيع باطل عنده.

وفي الإيضاح والمتن: ذكر قوله مع محمد في أن الحادث لا يدخل، وهذا الاختلاف عنه محمول على اختلاف الروايات عنه، فزفر يقول: مقتضى العقد ثبوت الملك مطلقًا، سليمًا كان أو غير سليم، فلم تكن سلامة المبيع من مقتضيات العقد، بل من مقتضيات الشرط الذي يدل على ظاهر حال المشتري، حيث لا يرضى إلا بالتسليم، فإذا اشترط البراءة فقد ترك شرط السلامة، فكان

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

وَإِن لَم يُسَمِّ العُيُوبَ بِعَدَدِهَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا تَصِحُّ البَرَاءَةُ بِنَاء عَلَى مَذهَبِهِ أَنَّ

هذا الشرط مقررًا لما يقتضيه العقد، إلا أن الشرط في نفسه مجهول فيفسد، حتى لو كانت البراءة عنها معلومة صح الشرط. وفي بعض النسخ: (لم يعدها) وهو الصحيح.

قوله: (وقال الشافعي: لا تصح البراءة) عن كل عيب ما لم يسم فيقول: من عيب كذا، ومن عيب كذا. ثم اعلم أن للشافعي فيه طريقان، أشهرهما ـ وبه قال ابن سريج وابن الوكيل والإِصْطَخْرِي ـ : أنه قال على ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه يبرأ، وبه قال علماؤنا؛ لقوله ﷺ: «**المُسلِمونَ عندَ شُروطِهِمْ**»[1] ويروى ذلك عن ابن عمر وزيد بن ثابت. ولأن خيار الشرط إنما يثبت لاقتضاء العقد مطلق السلامة، فإذا صرح بالبراءة فقد ارتفع الإطلاق.

وثانيها: أنه لا يبرأ عن عيب ما؛ لأن خيار العيب ثابت بالشرع، فلا ينتفي بالشرط كسائر مقتضيات العقد، وبه قال أحمد في رواية عنه. وفي رواية: يبرأ عما لا يعلمه دون ما يعلمه.

وثالثها ـ وهو الأصح، ويروى عن مالك ـ : أنه لا يبرأ في غير الحيوان، ويبرأ في الحيوان عما لا يعلمه دون ما يعلمه؛ لما روي أن ابن عمر باع عبدًا من زيد بن ثابت بشرط البراءة، فوجد زيد به عيبًا، فأراد رده، فلم يقبله ابن عمر، فترافعا إلى عثمان بن عفان رضي الله عنه، فقال عثمان لابن عمر: أتحلف أنك لم تعلم بهذا العيب؟ فقال: لا، فرده عليه. فرق عثمان وزيد بين كون العيب معلومًا وغير معلوم، والفرق من جهة المعنى: أن كتمان المعلوم تلبيس.

وفرق الشافعي بين الحيوان وغيره فقال: الحيوان يأكل ويتغذى في حالتي صحته وسقمه، ويتحول طبعه، وقليلًا ما ينفك عن عيب خفي أو ظاهر، فيحتاج البائع إلى هذا الشرط ليثق بلزوم العقد.

والطريق الثاني ـ وبه قال ابن خيران وأبو إسحاق ـ : القطع بالقول الثالث، ونصه في المختصر. كذا في شرح الوجيز[2].

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) العزيز شرح الوجيز للرافعي (٤/ ٢٤٣).

الإِبرَاءَ عَن الحُقُوقِ المَجهُولَةِ لَا يَصِحُّ. هُوَ يَقُولُ: إنَّ فِي الإِبرَاءِ مَعنَى التَّملِيكِ حَتَّى يَرتَدَّ بِالرَّدِّ، وَتَملِيكُ المَجهُولِ لَا يَصِحُّ. وَلَنَا: أَنَّ الجَهَالَةَ فِي الإِسقَاطِ لَا تُفضِي إِلَى المُنَازَعَةِ، وَإِن كَانَ فِي ضِمنِهِ التَّملِيكُ لِعَدَمِ الحَاجَةِ إِلَى التَّسلِيمِ، فَلَا تَكُونُ مُفسِدَةً،

وفي تتمتهم: فالمذهب أن العقد فاسد؛ لأن شرط البراءة يتضمن رفقًا بالبائع، وهو ألا يفسد عليه العقد ولا يسترد منه الثمن، وكل شرط لا يقتضيه العقد ويتضمن رفقًا بأحد المتعاقدين؛ فهو مفسد للعقد، كالبيع بشرط الأجل والرهن والضمين.

وفي الحلية: لو قلنا الشرط باطل، فهل يبطل البيع؟ فيه وجهان، أظهرهما: أنه يبطل(١).

(هو)؛ أي: الشافعي (**يقول: في الإبراء معنى التمليك ولهذا يرتد بالرد**) حتى إن رب الدين لو أبرأ المديون من دينه، فرد المديون إبراءه؛ لم يصح الإبراء، وكذا لا يصح تعليق الإبراء بالخطر، بأن قال: أبرأتك عن العيب أو الدين إن فعلت كذا؛ لما فيه من معنى التمليك (**وتمليك المجهول لا يصح**) كبيع شاة من قطيع.

(**ولنا: أن الجهالة في الإسقاط**)؛ يعني: الإبراء إسقاط، حتى يتم بلا قبول كالطلاق والعتاق، ولا يصح تمليك العين بلفظ الإبراء، والجهالة بنفسها لا تبطل التمليكات، بل لمعنى فيها؛ وهو تفويت التسليم الواجب بالعقد؛ ألا ترى [٢/ ٩٠/ب] أن بيع قفيز من صبرة يجوز وإن كان مجهولًا؛ لأنه لا يؤدي إلى المنازعة، وفوات التسليم وبيع شاة من قطيع لا يجوز؛ للمنازعة بسبب التفاوت، والمسقط متلاشي لا يحتاج إلى التسليم، فالجهالة فيه لا تفضي إلى النزاع.

(**فلا تكون**)؛ أي: الجهالة (**مفسدة**) وقد أجمعت الصحابة على جواز هذا البيع بهذا الشرط، وإنما اختلفوا في صحة الشرط، وقال ﷺ: «**المُسلمونَ عِندَ شُروطِهِمْ**»(٢).

---

(١) حلية العلماء للشاشي (٤/ ٢٨٥).

(٢) سبق تخريجه.

....

والدليل على صحة الإبراء عن الحقوق المجهولة: حديث علي حين بعثه رسول الله ﷺ ليصالح بين بني جذيمة، وذلك أنه عليه السلام بعث أولًا خالد بن الوليد إلى بني جذيمة، فقتل منهم قتلى، وقد كانوا اعتصموا بالسجود، فدفع عليه السلام عليًّا مالًا فواداهم حتى ميلغة الكلب، وبقي في يده مال، فقال: هذا لكم مما لا تعلمون أنتم ولا يعلمه رسول الله، فبلغ ذلك رسول الله فسر به[١]، فهذا دليل على جواز الصلح عن الحقوق المجهولة.

وروي أن رجلين اختصما إلى النبي ﷺ في مواريث درست، فقال عليه السلام: «**اِسْتَهِمَا وتَوخَّيَا الحَقَّ، ولْيُحَلِّلْ كلُّ واحدٍ مِنكُما صاحِبَهُ**»[٢].

وفيه إجماع المسلمين أيضًا؛ لأن كل من حضره الموت في كافة الأعصار؛ استحل من معاملاته من غير نكير.

والمعنى الفقهي ما ذكرنا. ولأن هذا الشرط مقرر مقتضى العقد؛ إذ مقتضاه اللزوم، وبهذا الشرط يلزم العقد، سليمًا كان المبيع أو معيبًا، والبائع بهذا الشرط يمنع من التزام ما لا يقدر على تسليمه؛ لأن عند إطلاق العقد يلتزم تسليم المبيع بصفة السلامة، ولو كان معيبًا يكون عاجزًا عن تسليمه سليمًا، وبهذا الشرط يلزم التسليم على الصفة التي عليها المبيع، وهو قادر على تسليمه بتلك الصفة، والقدرة على التسليم شرط جواز البيع، وقد وجد؛ لأنه مشار إليه معلوم بالإشارة إلى عينه أو مكانه.

وأما قوله: (يرتد بالردّ) فنعم؛ لما فيه من معنى التمليك حكمًا، وهذا الشبه لا يؤثر في فساد ما قلنا؛ لأنا قلنا: إن محض التمليك لا يبطل بجهالة لا يفوت التسليم بها؛ لعدم إفضائها إلى المنازعة، فلأن لا يمنع صحة الإسقاط [أولى][٣]، مع أن المسقط لا يحتاج إلى التسليم؛ لأنه قد يكون متلاشيًا فلا تؤثر فيه الجهالة. كذا في المبسوط[٤]، وإليه أشير في الأسرار.

---

(١) أخرجه البخاري (٥/ ١٦٠ برقم ٤٣٣٩) من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما.

(٢) أخرجه الحاكم (٤/ ١٠٧ برقم ٧٠٣٣) من حديث أم سلمة رضي الله عنها.
قال الحاكم: صحيح الإسناد ولم يخرجاه.

(٣) زيادة يقتضيها السياق، وانظر: المبسوط.

(٤) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ٩٣).

وَيَدخُلُ فِي هَذِهِ البَرَاءَةِ العَيبُ المَوجُودُ وَالحَادِثُ قَبلَ القَبضِ فِي قَولِ أَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَدخُلُ فِيهِ الحَادِثُ وَهُوَ قَولُ زُفَرَ رَحِمَهُ اللَّهُ(*)؛ لِأَنَّ البَرَاءَةَ تَتَنَاوَلُ الثَّابِتَ. وَلِأَبِي يُوسُفَ: أَنَّ الغَرَضَ إِلزَامُ العَقدِ بِإِسقَاطِ حَقِّهِ عَن صِفَةِ السَّلَامَةِ، وَذَلِكَ بِالبَرَاءَةِ عَنِ المَوجُودِ وَالحَادِثِ.

مما ذكرنا يعلم جواب تمسكات زفر والشافعي بالتأمل.

قوله: (**ويدخل في هذه البراءة**) إلى آخره: وإنما قال (**في هذه البراءة**) احترازًا عن البراءة التي شرطها البائع في قوله (بعته على أني بريء من كل عيب به) أنه لا يبرأ عن الحادث بالإجماع. كذا في شرح الطحاوي والإيضاح.

(**في قول أبي يوسف**)؛ أي: في ظاهر الرواية عنه، وهو قول أبي حنيفة أيضًا.

(**وقال محمد: لا يدخل الحادث**): وبه قال الحسن وزفر والشافعي ومالك وأبو يوسف في رواية؛ لأن ذلك مجهول لا يدرى أيحدث أم لا؟ وأي مقدار يحدث؟ والبراءة تتناول الثابت، فينصرف إلى الموجود عند العقد، ولو صرح بالتبري عن الذي يحدث قبل القبض يفسد العقد به، فلو دخل في هذا الشرط يفسد العقد به أيضًا.

(**بإسقاط حقه**)؛ أي: حق المشتري (**عن وصف السلامة**)؛ يعني: الغرض من هذا الشرط انبرام العقد ولزومه على وجه لا يرد عليه النقض، وذا لا يحصل إلا إذا دخل الموجود والحادث قبل القبض في البراءة؛ لأن الحادث كالموجود في حق ثبوت الرد، فكذلك جعل الحادث كالموجود في حق سقوط الرد ليحصل الغرض.

فإن قيل: كيف يصح هذا القول من أبي يوسف والرواية منصوصة في شرح الطحاوي والمبسوط؛ لأنه لو باع بشرط البراءة من كل عيب وما يحدث يفسد العقد بالإجماع، ومتى فسد بتنصيصه كيف يدخل في مطلق البراءة عنده.

قلنا: ذكر في الذخيرة: أنه باع بشرط البراءة عن كل عيب، وما يحدث بعد البيع قبل القبض يصح عند أبي يوسف خلافًا لمحمد، وذكر في المبسوط في

(*) الراجح: قول أبي يوسف.

....

موضع آخر: ولا رواية عن أبي يوسف فيما إذا نصَّ على البراءة عن كل عيب حادث[١]، ثم قال: وقيل: ذلك صحيح عنده؛ باعتبار أنه يقيم السبب وهو العقد مقام العيب الموجب للرد في صحة الإسقاط، ولئن سلمنا، فالفرق: أن هاهنا ظاهر لفظه يتناول الموجود، ثم يدخل الحادث قبل القبض فيه تبعًا، وقد يدخل تبعًا في التصرف ما لا يجوز أن يكون مقصودًا بذلك التصرف، كالشرب في بيع الأرض، والمنقولات في وقف القربة.

وفي المبسوط [٢/ ٩١/أ] وشرح الطحاوي: لو اختلفا في العيب في أنه موجود وقت العقد أم لا؟ فقال المشتري: إنه حادث، وقال البائع: بل كان موجودًا وقت العقد، فإن شرط البراءة عن كل عيب به؛ فالقول للمشتري، وإن كان شرط البراءة عن كل عيب؛ فعلى قول محمد: القول للبائع مع يمينه على أنه حادث؛ لأن بطلان حق الفسخ للمشتري ظاهر لشرط البراءة، وثبوت حق الفسخ له لحدوث عيب باطن، فإذا ادعى المشتري باطنًا ليزيل به ظاهرًا؛ لم يصدق إلّا بحجة.

وعند زفر: القول للمشتري؛ لأنه هو المسقط لحقه، فالقول في بيان ما أسقط قوله، كما في الفصل الأول.

مسائل تتعلق بهذا الباب

في الإيضاح: لو شرط البراءة من كل عيب به، أو خصَّ ضربًا من العيوب؛ لم ينصرف إلى الحادث بالإجماع، ولو شرط البراءة من عيب واحد، شجةٍ أو جرحٍ، فوجد شجَّتين؛ فعند أبي يوسف: الخيار للبائع من التعيين. وعند محمد: للمشتري، فيردُّ بأيهما شاء.

وهذا الاختلاف فيما إذا تعذر رده بموت، أو حدوث عيب آخر، ثم أراد المشتري الرجوع بالنقصان؛ فأبو يوسف يعتبر حصول نفع البراءة للبائع، فيصير كأن المشتري خيره، ولأنه برد نقصان أحدهما ضره كأن لم يكن، فبقي الآخر تحت إبرائه.

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ٩٤).

....

وقال محمد: السقوط مضاف إلى إبراء المشتري، والإجمال من جهته وجد، فكان البيان إليه.

ولو أبرأه من كل غائلة، فهي السرقة والإباق والفجور. كذا روي عن أبي يوسف؛ لأن الغائلة ما كان من فعل الإنسان، وهذه الغيول هي التي تختص بالفعل.

ولو أبرأه من كل داء؛ فعن عن أبي حنيفة: الداء ما في البطن في العادة، وما سوى ذلك يسمى مرضًا. وقال أبو يوسف: يتناول الكل لإطلاقه.

وفي جمع التفاريق: قطع الإصبع عيب، وقطع الإصبعين عيبان، والأصابع مع نصف الكف عيب واحد.

ولو قبل في البيع على أنه معيوب، يبرأ من الخروق، يدخل الرقع والرفو فيها، ولو تبرأ من كل سن سوداء؛ تدخل الحمراء والخضراء، ولو تبرأ من كل قرح؛ تدخل القروح الدامية.

وفي المحيط: لو قال: أبرأتك من كل عيب بعينه، فإذا هو أعور؛ لا يبرأ؛ لأنه عدم المحل لا عيب فيه. ولو قال: أنا بريء من كل عيب إلا إباقَهُ؛ برئ من إباقِهِ. ولو قال: إلا الإباق؛ فله الرد بالإباق.

ولو قال: أنت بريء من كل حق لي قبلك؛ دخل العيب وهو المختار، دون الدرك. ولو قال المشتري: ليس به عيب؛ لم يكن إقرارًا بانتفاء العيوب، حتى لو وجد به عيبًا رده،. ولو عين فقال: ليس بآبق؛ صح إقراره. ولو وجد به عيبا، فاصطلحا على أن يدفع أو يحط دينارًا؛ جاز، ولو دفعه المشتري ليرد؛ لم يجز؛ لأنه ربا، وزوال البيع يبطل الصلح، ويرد على البائع ما بدل أو حط قبل، إذا زال بعد خروجه عن ملكه لم يرد العوض.

ولو صالحه بعد الشراء من كل عيب بدرهم؛ جاز وإن لم يجد به عيبًا. ولو قال: اشتريت منك العيوب؛ لم يجز، وحذف الحروف أو بعضها، أو النقط أو الإعراب في المصحف؛ عيب. وترك خط المصحف عيب.

وجد به عيبًا، واصطلحا على أن يحط كل واحد عشرة، ويأخذه الأجنبي

....

ما وراء المحطوط، ورضي به الأجنبي؛ جاز، وجاز حط المشتري دون البائع، وللأجنبي بما وراء العشرة من الثمن أو يترك.

ولو قصر المشتري الثوب فإذا هو متخرق، وقال المشتري: لا أدري تخرق عند القصار أو عند البائع، فاصطلحوا أن يقبله المشتري ويرد عليه القصار درهما والبائع درهما؛ قيل: هذا غلط.

وتأويله: أن يضمن القصار أولًا للمشتري، ثم يدفع المشتري ذلك إلى البائع.

وفي كتبهم: لو قال البائع للمشتري: أمسك المبيع وأنا أعطيك أرش العيب؛ لم يجبر على قبوله، ولو طلب المشتري ذلك؛ لم يجبر البائع على دفعه، ولو تراضيا عليه؛ ففيه وجهان: المذهب: أنه لا يجوز. والثاني: أنه يصح الصلح، وهو قول أبي حنيفة ومالك.

وقال أحمد: للمشتري أن يمسك المبيع، ويطالب البائع بأرش العيب، ويجبر على دفعه إليه.

وفي المجتبى: أدخل المشتري القَدّوم في النار، أو حَدَّ المنشار، أو حلب الشاة أو البقرة؛ لم يردّ، سواء كان في المصر أو غيره. وفي المصر يرد بقلة اللبن عند الشافعي ومالك وأحمد وزفر ورواية عن أبي يوسف، وله الخيار إلى ثلاثة أيام. وعندنا: لا يرد، والمسألة مذكورة في الأصول.

وفي غير المُصرَّاة إذا حلب ثم وجد عيبًا؛ لا يرد عند الشافعي أيضًا، والمصراة شاة أو بقرة، أو ناقة شد ضرعها ليجمع لبنها، فيظنها المشتري غزيرة اللبن، وبعد الحلب، ليس له ردها عندنا.[٢/ ٩١/ب] وهل يرجع بالنقصان؟

في رواية الكرخي: لا يرجع. وفي رواية شرح الطحاوي: يرجع لفوات وصف مرغوب فيه بعد حدوث زيادة منفصلة عن الأصل. وقيل: لو اختير هذه الرواية للفتوى لكان حسنًا؛ لغرور المشتري بالتصرية، فاغتراره بهذا الفعل كاغتراره بقول البائع: إنها حلوب، وفيه: لو تبين خلافه بعد الولادة؛ يرجع، فكذا هاهنا.

وعند الشافعي ومالك وزفر وأحمد ورواية عن أبي يوسف: التصرية عيب،

....

يردها مع اللبن المحلوب إن كان باقيًا، وإلّا ردّها ومعها صاعًا من التمر؛ لحديث أبي هريرة أنه ﷺ قال: «**مَنِ اشْتَرَى مُحَفَّلَةً**»(١) الحديث.

ولنا: قوله ﷺ: «**المُتبايِعانِ بِالخِيَارِ ما لَمْ يَتَفَرّقَا**»(٢) مطلق، ولأنه وجد ما يمنع الرد؛ وهو الزيادة المنفصلة المتولدة، وقد شنعوا على أصحابنا في تركهم حديث أبي هريرة وعملهم بالقياس، ونسبوه إلى القدح في أبي هريرة، وحاشَى لله؛ فإن أصحابنا في تركهم روايته تابعوا الأجِلَّاءَ [من](٣) الصحابة في ردهم رواية أبي هريرة عند مخالفة الأصول، كما في حديث: الوضوء مما مسَّتْهُ النار؛ فردَّهُ ابن عباس، وفي حديث «**مَنْ أصْبَحَ جُنُبًا فلَا صَوْمَ لَهُ**»(٤) فقالت عائشة: نحن أعلم، ورده علي، وهؤلاء مقدمون على أبي هريرة في الفقه والفتوى، ولا نظن بأبي هريرة إلّا الصدق في روايته، لكنه يحتمل ما رواه بالمعنى الذي وقع عنده لا بلفظ الحديث، أو أنه ﷺ أخبر عن وقوع هذه الحادثة بطريق الصلح، فسمع ما ظنه حكمًا فأطلقه، مع أنه يخالف الكتاب والسنة وغيره كما ذكر في الأصول.

ولأنه ربما كان ثمن الشاة قيمة صاع من تمر، فلو أوجبنا الرد به؛ يسلّم المبيعَ البائعُ، والتمر زيادة، فيحمل خبره على ما يوافق الأصول؛ لأنها مقطوع بها، فلا يترك بالظن وهو خبر الواحد. كذا في شرح المجمع، والمباسيط.

وروى الطحاوي عن أبي حنيفة أنه قال: هذا الحديث منسوخ، ثم اختلف في ناسخه:

قال محمد بن شجاع: نسخه قوله ﷺ: «**البَيِّعانِ بالخِيَارِ ما لَمْ يَتَفَرّقَا إلّا بَيْعَ الخِيَارِ**»(٥) فلما قطع النبي ﷺ الفرقة بالخيار؛ ثبت أنه لا خيار إلا ما استثناه.

---

(١) أخرجه البخاري (٣/ ٧٢ برقم ٢١٦٤) من حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما.

(٢) سبق تخريجه. (٣) زيادة يقتضيها السياق.

(٤) أخرجه أحمد (٦/ ١٨٤ برقم ٢٥٥٤٨) وابن حبان (٨/ ٢٦٢ برقم ٣٤٨٦) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٥) أخرجه البخاري (٣/ ٦٤ برقم ٢١١١) ومسلم (٣/ ١١٦٣ برقم ١٥٣١) من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما.

....

قال الطحاوي: هذا ضعيف؛ لأن الخيار المجهول في المُصَرَّاةِ خيارُ العيب، وخيار العيب لا تقطعه الفرقة بالاتفاق.

قيل: فيما ذكره الطحاوي نظر؛ فإن في رواية الأسرار: لا يرجع بالنقصان؛ لأن اجتماع اللبن في الأصل لا يكون عيبا، فكذا جمعه، فعلم بهذا أن التصرية ليست بعيب، فلا يكون هذا الخيار خيار عيب، فيجوز أن تقطعه الفرقة.

وقال عيسى بن أبان: كأن ما روي عن النبي ﷺ من الحكم في المُصَرَّاةِ؛ في وقت كانت العقوبات تؤخذ بالأموال.

قال أبو جعفر: والذي قاله عيسى محتمل، غير أني رأيت في ذلك وجها هو أشبه عندي بنسخه؛ وذلك أن اللبن الذي احتلبه المشتري في ثلاثة أيام قد كان بعضه في ملك البائع قبل الشراء، وبعضه حدث في ملك المشتري، فكان ما في يد البائع مبيعًا، فإذا وجب نقض البيع في الشاة وجب نقضه فيه، وما حدث في ملك المشتري يملكه بسبب البيع؛ إذ حكمه حكم الشاة؛ لأنه من بدنها، وقد جعل النبي ﷺ جميع لبنها بالصاع بعد ردها، وقد تلف بعض اللبن، فكأن المشتري قد ملك صاعًا لبنًا بصاعٍ من تمرٍ دَينًا، فدخل ذلك في بيع الدَّين بالدَّينِ، ثم «**نهيه ﷺ عن بيعِ الدَّينِ بالدَّينِ**»، [فنسخ هذا][(١)] ما كان قد تقدم في المصرَّاة مما حكمه حكم بيع الدّين بالدّين. كذا في اللباب[(٢)].

وفي المجتبى: والوقف والمسجد يمنع الرد والرجوع بالأرش عند محمد. وعند أبي يوسف: يرجع بالأرش.

ولو اشترى ضيعة مع غلاتها فوجدها معيبة؛ ردها في الحال؛ لأنه إن جمع غلاتِها يكون رضًا، وإن تركها يزداد العيب فيمتنع الرد. ولو وجد عيبًا بالدابة في طريق السفر، وهو يخاف على الحمل، حمله عليها فأمضى سفره؛ ترد وهو معذور.

---

(١) زيادة يقتضيها السياق، وانظر: اللباب (٢/ ٤٨٠).

(٢) اللباب في الجمع بين السنة والكتاب (٢/ ٤٨٠).

بَابُ البَيعِ الفَاسِدِ

باب البيع الفاسد

فلما ذكر البيع الصحيح مع توابعه شرع في الفاسد؛ لأن الصحيح هو الأصل.

ووجه مناسبته الخاصة بعد الأبواب المتقدمة: تضمنها لشرعية الفسخ.

ولقب الباب بالفاسد؛ لأنه يشمل الباطل والفاسد والمكروه، فالباطل: ما لا يكون مشروعا بأصله ووصفه لانتفاء ركنه أو محله، يقال: بطل اللحم إذا دَوَّدَ وسَوَّسَ بحيث لا يُنتفَعُ به.

والفاسد: ما يكون مشروعا بأصله دون وصفه، ويثبت [٢/ ٩٢/ب] الملك به إذا اتصل به القبض، يقال: فسد اللحم إذا صار ذا نتن بحيث لا يمكن الانتفاع به.

والمكروه: ما كان مشروعًا بأصله ووصفه، لكن جاوره شيء آخر منهي عنه، فكان الفاسد شاملًا للكل؛ لأن الفاسد فائت الوصف، والباطل فاسد الأصل والوصف، والمكروه فائت وصف الكمال، فيكون فوات الوصف موجودًا في الجميع؛ فلهذا لقب الباب به.

وفي الفوائد: سبب الفساد ستة: العجز عن التسليم، والجهالة، وعدم الملك، والغرور، والشرط الفاسد، والنهي.

وذكر في التحفة هذه الستة وقال: ومنها بيع ما هو مملوك له قبل القبض، ومنها بيع الأمتاع مقصودًا، ومنها بيع ما اشترى بجنس الثمن بأقل مما باعه قبل نقد الثمن.

قوله: (أو كلاهما محرمان)، فإن قيل: ما فائدة قوله (أو كلاهما محرّمان)؛ لأن حرمة أحدهما إذا كانت مانعة الانعقاد صحيحًا، فتكون حرمة كلاهما بالطريق الأولى ضرورة؟

قلنا: إنه أشار إلى أن وصف الحرمة وصف لا يختلف الحكم بين أن يكون مُتمَكِّنًا فيهما أو في إحداهما، بخلاف الإطلاق والعدم بين أن يكونا في أحدهما وبين أن يكون فيهما، أما وصف الحرمة لا يتفاوت بينهما. كذا نقل عن العلامة

(وَإِذَا كَانَ أَحَدُ العِوَضَينِ أَو كِلَاهُمَا مُحَرَّمًا، فَالبَيعُ فَاسِدٌ، كَالبَيعِ بِالمَيتَةِ وَالدَّمِ وَالخِنزِيرِ وَالخَمرِ، وَكَذَا إِذَا كَانَ غَيرَ مَملُوكٍ كَالحُرِّ) قَالَ ﷺ: هَذِهِ فُصُولٌ جَمَعَهَا، وَفِيهَا تَفصِيلٌ نُبَيِّنُهُ إِن شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى فَنَقُولُ: البَيعُ بِالمَيتَةِ وَالدَّمِ بَاطِلٌ، وَكَذَا بِالحُرِّ

مولانا حافظ الدين.

وقيل: **قوله (في أحد العوضين)** يوهم أن انتفاء الحرمة فيه يستلزم الجواز، وانتفاء الحرمة فيه قد تكون بانتفاء الحرمة فيهما، وقد تكون بثبوت الحرمة فيهما، فقال: (أو كلاهما)؛ ليزول هذا الوهم، فإنه يجوز أن يكون الشيء منفردًا مانعًا، ومع شيء آخر لا يكون مانعًا.

(جمعها)؛ أي: صاحب القدوري الفصول في حكم واحد وهو الفساد، لكن فيها تفصيل.

(بالميتة والدم باطل)؛ أي: بإجماع الفقهاء، سواء جعلهما مُثَمَّنًا أو ثَمنًا، ثم هذا يحتاج إلى التأويل عندنا، فإن البيع محلًّى باللام فكان ميتا، ولا جميع البياعات من بيع المسلم والكافر، ويجري على عمومه في الميت الذي مات حتف أنفه، أما في الميتة المنخنقة والموقوذة؛ فلا يجري على عمومه، فإن بيع المنخنقة والموقوذة جائز عند أهل الكفر. ذكره المصنف في التجنيس فقال: أهل الكفر إذا باعوا الميتة فيما بينهم لا يجوز؛ لأنها ليست بمال عندهم، ولو باعوا ذبيحتهم، وذبيحتهم أن يخنقوا الشاة أو يضربوها حتى تموت جاز؛ لأنها عندهم بمنزلة الذبيحة عندنا.

وفي جامع الكرخي: يجوز البيع بينهم عند أبي يوسف، خلافًا لمحمد.

لأبي يوسف: أنهم يتمولون ذبائحهم كما يتمولون الخمر، فجاز تصرفهم في ذبيحتهم كما في الخمر.

وجه قول محمد: أن أحكامهم كأحكامِنَا شرعًا، إلا ما استثنى بعد الإيمان، والذي استثنى لهم الخنزير والخمر، وما سوى ذلك على أصله.

واتفق الرواة عن أبي حنيفة: أن بيع الأشربة المحرمة يجوز إلّا الخمر، ولم يُجَوِّزْ أبو يوسف ومحمد بيع ما حرم وشربه، والضمان على القولين فرع الاختلاف في جواز البيع.

لِانعِدَامِ رُكنِ البَيعِ وَهُوَ مُبَادَلَةُ المَالِ بِالمَالِ، فَإِنَّ هَذِهِ الأَشيَاءَ لَا تُعَدُّ مَالا عِندَ أَحَدٍ، وَالبَيعُ بِالخَمرِ وَالخِنزِيرِ فَاسِدٌ لِوُجُودِ حَقِيقَةِ البَيعِ، وَهُوَ مُبَادَلَةُ المَالِ بِالمَالِ، فَإِنَّهُ مَالٌ عِندَ البَعضِ ....

وفي الذخيرة: أراد بالميتة: ما مات حتف أنفه، أما التي ماتت بالسبب كالخنق والجرح في غير موضع الذبح؛ فالبيع فاسد لا باطل، وكذلك ذبائح المجوس هي مال متقوم عندهم بمنزلة الخمر.

والمراد بقوله **(عند أحد)** على هذا التقدير: أن يموت حتف أنفه في حق الميتة كما ذكرنا.

وقيل: المراد من **(أحد)** من له دِينٌ سماوي؛ لأن الذي ليس له دِينٌ سماوي كالجماد لا يعتبر، وبيع الحر وإن كان جائزًا عند البعض، وهذا لا يؤثر في الجواز؛ لأن الحرية تقتضي الخلوص، والخلوص يمنع التقوم والمالية. كذا في بعض الشروح.

(فإنه)؛ أي: الخمر **(مال عند البعض)**.

في المبسوط[1]: البيع بالخمر عقد موجب للملك بالقبض، فإن محل العقد[2] المالية في البدلين، وبتخمر العصير لا تنعدم المالية، وإنما ينعدم التقوم شرعًا، فإن المالية يكون منتفعًا بها، وقد أثبت الله تعالى ذلك في الخمر بقوله: ﴿وَمَنَٰفِعُ لِلنَّاسِ﴾ [البقرة:٢١٩]، ولأنها كانت العين مالًا متقومًا قبل التحريم، وإنما ثبت بالنص حرمة التناول ونجاسة العين، وليس من ضرورته انعدام المالية كالدهن النجس والسرقين، إلا أنه فسد تقومها؛ لضرورة وجوب الاجتناب عنها بالنص، ولهذا تثبت مالًا متقومًا في حق أهل الذمة، فانعقد العقد لوجود ركنه في محله بصفة الفساد. وهكذا ذكر في الإيضاح.

ثم بيع هذه الأشياء لا يجوز بالنص، والإجماع، والمعقول:

أما النص: فقوله ﷺ: **«إنّ الله تعالَى إذا حرَّمَ شيئًا حرَّمَ ثَمَنَهُ»**[3] وقال:

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ٢٥). (٢) وقع تكرار بالأصل.

(٣) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٨٠ برقم ٣٤٨٨)، وابن حبان (١١/ ٣١٢ برقم ٤٩٣٨) من حديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما.

وَالبَاطِلُ لَا يُفِيدُ مِلكَ التَّصَرُّفِ.

وَلَو هَلَكَ المَبِيعُ فِي يَدِ المُشتَرِي فِيهِ يَكُونُ أَمَانَة عِندَ بَعضِ المَشَايِخِ، لِأَنَّ

﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ وَٱلدَّمُ﴾ [المائدة:٣]، وقال ﷺ: «**حُرِّمَتِ الخَمْرُ لِعَيْنِهَا**»[(١)] وقال ﷺ: «**لَعَنَ اللهُ الخَمْرَ وبائِعَها وَمُشْتَرِيَها**»[(٢)]، وقال ﷺ حكاية عن الله تعالى: «**ثَلاثةٌ أنا خُصمُهُم يومَ القيامةِ، ومَنْ كنتُ خصمَهُ خَصَمتُهُ**: [٢/ ٩٢/ ب] **رجلٌ باعَ حرًّا فأكلَ ثمنَهُ، ورجلٌ استأجَرَ أجيرًا فاسْتَوْفَى عمَلَهُ ولَمْ يُؤدِّهِ أجرَهُ، ورَجلٌ أعطَى ثُمَّ غَدَرْ**»[(٣)] وقال ﷺ: «**إنّ أعْتَى الناسِ علَى اللهِ تَعالَى ثلاثةٌ: رَجلٌ باعَ حُرًّا فأكلَ ثمنَهُ، ورجلٌ قَتلَ غيرَ قاتِلِهِ، ورجلٌ قتلَ فِي الحَرَمِ**»[(٤)] وقال ﷺ: «**لعنَ اللهُ اليهودَ حُرِّمَتْ عليهِمُ الشحوم فأذابوهَا وبَاعوهَا وأكَلُوا ثمَنَها، ألَمْ يعلَمُوا أنّ اللهَ تعالَى إذا حرَّمَ شيئًا حرَّم ثمنَهُ**»[(٥)].

وأما الإجماع: فظاهر.

وأما المعقول: أنه فات فيها ركن البيع، وهو مبادلة مال بمال؛ لأن هذه الأشياء ليست بمال عندنا كالخمر والخنزير، أو على الإطلاق كالحر والميتة والدم.

(**والباطل لا يفيد ملك التصرف**)؛ أي: بالإجماع، حتى لو اشترى عبدًا بميتة فعتقه؛ لا يعتق.

(**فيه**)؛ أي: في البيع الباطل.

(**عند بعض المشايخ**) منهم: الإمام أحمد الطواويسي، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة.

---

(١) أخرجه النسائي (٨/ ٣٢١ برقم ٥٦٨٥) من حديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما موقوفًا.

(٢) أخرجه أبو داود (٣/ ٣٢٦ برقم ٣٦٧٤)، وابن ماجه (٢/ ١١٢١ برقم ٣٣٨٠)، والحاكم (٢/ ٣١ برقم ٢٢٣٥) من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما.

(٣) أخرجه البخاري (٣/ ٨٢ برقم ٢٢٢٧) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٤) أخرجه أحمد (٢/ ١٧٩ برقم ٦٦٨١)، وابن حبان (١٣/ ٣٤٠ برقم ٥٩٩٦) من حديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما.

(٥) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٨٠ برقم ٣٤٨٨)، وابن حبان (١١/ ٣١٢ برقم ٤٩٣٨) من حديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما.

العَقدَ غَيرُ مُعتَبَر فَبَقِيَ القَبضُ بِإِذنِ المَالِكِ، وَعِندَ البَعضِ يَكُونُ مَضمُونًا، لِأَنَّهُ لَا يَكُونُ أَدنَى حَالًا مِن المَقبُوضِ عَلَى سَومِ الشِّرَاءِ. وَقِيلَ: الأَوَّلُ قَولُ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله، وَالثَّانِي: قَولُهُمَا(*)، كَمَا فِي بَيعِ أُمِّ الوَلَدِ وَالمُدَبَّرِ عَلَى مَا نُبَيِّنُهُ إِن شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، وَالفَاسِدُ يُفِيدُ المِلكَ عِندَ اتِّصَالِ القَبضِ بِهِ، وَيَكُونُ المَبِيعُ مَضمُونًا فِي يَدِ المُشتَرِي فِيهِ.

(**وعند البعض**) منهم الإمام السرخسي (**يكون مضمونا**)؛ أي: بالقيمة أو بالمثل، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد.

والمراد بالمقبوض على سوم الشراء: ما يكون ثمنه مقررًا عند العاقدين. كذا قال المشايخ.

(**لأنه**)؛ أي: المقبوض بالبيع الباطل (**لا يكون أدنى حالًا**) لأنه وجد صورة العلة هنا، ولم يوجد في المقبوض على سوم الشراء وثمنه مضمون، فأولى أن يكون هنا مضمونا.

(**اتصال القبض به**)؛ أي: بالبيع الفاسد، يعني: إذا كان القبض بإذن المالك؛ باتفاق الروايات يملكه ويصير مضمونًا عليه بالقيمة أو بالمثل، وكذا لو قبضه في مجلس العقد استحسانا، وهو الصحيح.

ولو قبضه بغير إذنه في غير مجلس العقد، هل يملكه؟ وستجيء هذه المسائل بتمامها في فصل أحكام البيع الفاسد.

قال مشايخ العراق: إن المشتري شراءً فاسدًا يملك التصرف فيه؛ باعتبار تسليط البائع على ذلك، لا باعتبار تملك العين، بدليل عدم جواز الوطء لجارية مشتراة شراءً فاسدًا، وكذا لا شفعة في الدار المشتراة شراءً فاسدًا، وكذا لا يحل أكل طعام اشتراه شراءً فاسدًا إذا بيع بجنبها دار، وكذا لو رد المشتري الجارية المشتراة شراءً فاسدًا؛ يجب على البائع استبراؤها، ولو أعتق المشتري العبد المشترى شراءً فاسدًا من الأب أو الوصي؛ جاز عتقه، وكذا لو كان على وجه التسليط لما جاز؛ لأن عتقهما وتسليطهما عليه لا يجوز.

(*) الراجح: قول الصاحبين.

وَفِيهِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَسَنُبَيِّنُهُ بَعدَ هَذَا.

وَكَذَا بَيعُ المَيتَةِ وَالدَّمِ وَالحُرِّ بَاطِلٌ، لِأَنَّهَا لَيسَت أَموَالًا، فَلَا تَكُونُ مَحِلًّا لِلبَيعِ.

وَأَمَّا بَيعُ الخَمرِ وَالخِنزِيرِ، إن كَانَ قُوبِلَ بِالدَّينِ كَالدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ فَالبَيعُ بَاطِلٌ، وَإِن كَانَ قُوبِلَ بِعَين فَالبَيعُ فَاسِدٌ حَتَّى يَملِكَ مَا يُقَابِلُهُ، وَإِن كَانَ لَا يَملِكُ عَينَ الخَمرِ وَالخِنزِيرِ.

وَوَجهُ الفَرقِ: ....

وإنما لا يحل وطء الجارية المشتراة شراءً فاسدًا؛ لأن الوطء إعراض عن الرد، فلا يجوز، وكذا في الأخذ بالشفعة بالقضاء تأكيد الفساد وتقرره.

وعن الحلواني: يكره الوطء ولا يحرم. ذكره في التتمة، وكذا لا يحل الأكل؛ لما فيه إعراض عن الرد. كذا في فتاوى قاضي خان.

(وفيه)؛ أي: في ثبوت الملك بالقبض في البيع الفاسد (**خلاف الشافعي**) ومالك وأحمد أيضًا.

(وسنبينه بعد)؛ [أي][(١)]: في فصل أحكام البيع الفاسد.

قوله: (**ووجه الفرق**): حاصل ذلك الفرق: أن المبيع لو وقع خمرًا يكون البيع فاسدًا، ففي الصورة الأولى يكون البيع باطلًا، وسواء أدخل التاء التي هي حرف الإلصاق، ويدخل في الأثمان كما ذكر في الأصول، في الخمر أو في الدراهم؛ لأن الدراهم خلقت ثمنًا، فيكون المبيع الخمر، فيبطل البيع، وفي الصورة الثانية يكون البيع فاسدًا، سواء أدخل الباء [في][(٢)] الثوب أو الخمر لما سيجيئ، فهنا يحتاج إلى معرفة المبيع والثمن.

في الذخيرة: قال القدوري: ما يتعين في العقد فهو مبيع، وما لا يتعين بالعقد فهو متبع، وما لا يتعين فهو ثمن، إلا أن يقع عليه لفظ العين، فالدراهم والدنانير أثمان أبدًا؛ لأنها خلقت ثمنًا في الأصل؛ إذ هي وسيلة، قال الله تعالى: ﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ دَرَاهِمَ مَعْدُودَةٍ﴾ [يوسف: ٢٠] الآية.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية. (٢) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

....

وقال الفرّاء: الثمن: ما يكون في الذمة، والأعيان ليست من ذوات الأمثال، كغير المكيلات والموزونات مبيعة أبدًا، وهما والعدديات المتقاربة مبيع وثمن، فإن قابلها بالدراهم أو الدنانير؛ فهي مبيعة وثمن، وليس أحدهما بأولى من أن يجعل مبيعًا، فجعلنا كل واحد ثمنًا من وجه، مبيعًا من وجه، فإن كانت المكيلات والموزونات غير معينة، فإن استعملت استعمال الأثمان؛ بأن أدخل الباء فيها فهو ثمن.

وقال شيخ الإسلام خواهر زاده: المكيل والموزون إذا لم يكن معينا فهو ثمن، دخل عليه الباء أو لا؛ لأنهما من ذوات الأمثال، فصار نظير الدراهم والدنانير، والفلوس بمنزلتهما في أنهما لا تتعين بالتعيين، وكذا إذا باع الخمر بالثوب، أن يكون البيع فاسدًا لا باطلًا، وإن دخل الباء في الثوب؛ لما ذكرنا أن المكيلات والموزونات إذا كانت معينة فهي معينة وثمن، والكلام فيما إذا كان الخمر والثوب متعينين، فيكون بيع مقايضة، وفي بيع المقايضة يكون كل واحد من العوضين ثمنًا ومُثَّمنًا، فرجحنا جانب الفساد على جانب البطلان؛ صونا لتصرف العاقلين المسلمين عن [٢/ ٩٣/أ] البطلان بقدر الإمكان.

والمقايضة: هي بيع العرض بالعرض، وسمي بها لتساوي العينين في العينية، يقال: هما قيضان، أي: متساويان. كذا وجد بخط الإمام الزرنوجي.

فإن قيل: في هذا تغيير للعقد؛ لأن العاقد جعل الخمر مبيعًا بدلالة حرف الباء في الثوب، وفي هذا يصير ثمنًا فيكون تغييرًا.

قلنا: التغيير أهون من البطلان، فلو لم يجعل كذلك يبطل، مع أن في المقايضة يصلح كل واحد ثمنًا ومثمّنًا، فلا يلزم التغيير أيضًا.

قال شيخ الإسلام: اتفقت الروايات على أن ثمن الخمر والميتة غير مملوك، وإنما اختلفت أنها أمانة أو مضمونة.

وفي بعض نسخ الجامع الكبير: أنه إذا اتفق ثمن الخمر والميتة لا يلزمه القضاء؛ لأن المشتري سلطه على ما شاء من التصرف فيه، فكأن إنفاقه بإذنه.

أَنَّ الخَمرَ مَالٌ وَكَذَا الخِنزِيرُ مَالٌ عِندَ أَهلِ الذِّمَّةِ، إِلَّا أَنَّهُ غَيرُ مُتَقَوِّمٍ، لِمَا أَنَّ الشَّرعَ أَمَرَ بِإِهَانَتِهِ وَتَركِ إعزَازِهِ، وَفِي تَمَلُّكِهِ بِالعَقدِ مَقصُودًا إعزَازٌ لَهُ، وَهَذَا لِأَنَّهُ مَتَى اشتَرَاهُمَا بِالدَّرَاهِمِ فَالدَّرَاهِمُ غَيرُ مَقصُودَةٍ؛ لِكَونِهَا وَسِيلَةً لِمَا أَنَّهَا تَجِبُ فِي الذِّمَّةِ، وَإِنَّمَا المَقصُودُ الخَمرُ فَسَقَطَ التَّقَوُّمُ أَصلًا، بِخِلَافِ مَا إِذَا اشتَرَى الثَّوبَ بِالخَمرِ، لِأَنَّ المُشتَرِيَ لِلثَّوبِ إِنَّمَا يَقصِدُ تَمَلُّكَ الثَّوبِ بِالخَمرِ. وَفِيهِ إعزَازٌ لِلثَّوبِ دُونَ الخَمرِ، فَبَقِيَ ذِكرُ الخَمرِ مُعتَبَرًا فِي تَمَلُّكِ الثَّوبِ لَا فِي حَقِّ نَفسِ الخَمرِ حَتَّى فَسَدَت التَّسمِيَةُ وَوَجَبَت قِيمَةُ الثَّوبِ دُونَ الخَمرِ، وَكَذَا إِذَا بَاعَ الخَمرَ بِالثَّوبِ، لِأَنَّهُ لَا يُعتَبَرُ شِرَاءُ الثَّوبِ بِالخَمرِ لِكَونِهِ مُقَايَضَةً.

قَالَ: (وَبَيعُ أُمِّ الوَلَدِ وَالمُدَبَّرِ وَالمُكَاتَبِ فَاسِدٌ) وَمَعنَاهُ: بَاطِلٌ، لِأَنَّ استِحقَاقَ العِتقِ قَد ثَبَتَ لِأُمِّ الوَلَدِ لِقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «أَعتَقَهَا وَلَدُهَا» ....

قوله: (ومعناه باطل)؛ أي: لا يملك عند اتصال القبض.

فإن قيل: لو كان بيع هؤلاء باطلًا؛ لكان بيعهم وبيع الحرِّ سواءً، فحينئذ يجب أن يفسد البيع في القن إذا ضم مع هؤلاء في البيع، كما يفسد بيعه إذا ضم مع الحرِّ، وليس كذلك.

قلنا: المراد بالطلاق هنا ألّا يملك هؤلاء مع القبض كما يملك في البيع الفاسد؛ لعدم قابليته انتقال الملك، لا أنهم لا يكونون محلًّا للبيع، فإنهم يدخلون في البيع باعتبار الصلاحية في الجملة، ثم يخرجون من حكم البيع بعد الدخول؛ لاستحقاقهم نوع حرية.

قوله: («أَعْتَقَها وَلَدُهَا»): هذا اللفظ بظاهره يوجب الإعتاق الحقيقي، لكن حمل على حق العتق؛ لما ذكرنا في باب الاستيلاد.

وفي شرح المجمع: والمجاز مراد من هذا اللفظ بالإجماع والدليل، أما الدليل فهو المؤثر في الحرية، إنما هو الحرية التي بين الوالد وولده، وهو أقوى من الحرية بين المولى وأم الولد؛ لأنها بواسطة الولد، وتلك بلا واسطة، فلذلك أثر الأقوى في تنجيز عتق الولد في الحال، وأثر الأضعف في تأخير

وَسَبَبُ الحُرِّيَّةِ انعَقَدَ فِي المُدَبَّرِ فِي الحَالِ لِبُطلَانِ الأَهلِيَّةِ بَعدَ المَوتِ، وَالمُكَاتَبُ

عتقها إلى ما بعد الموت؛ لئلا يؤدي ذلك إلى الاستواء في الحكم مع التساوي في الدليل.

ولا خلاف للفقهاء في أن بيع أم الولد لا يجوز. وقال داود: يجوز، ويروى عن علي وابن عباس. ثم عند محمد: لو حكم ببيع أم الولد حاكم؛ لم ينفذ حكمه ولم تصر ملكًا للمشتري.

وعن أبي حنيفة وأبي يوسف: ينفذ؛ لأنه مجتهد فيه.

وجه قول محمد ـ وهو ظاهر الرواية عن أصحابنا ـ قضاءً: انعقد الإجماع على خلافه؛ فلا ينفذ لثبوت رجوع القائلين بصحته من الصحابة، أما لو أنفذ هذا القضاء قضاء آخر؛ نفذ حكمه وصار ملكًا للمشتري، وعليه الفتوى، وهذا بناء على أن الاتفاق اللّاحق يرفع الخلاف السابق أم لا؟، والمسألة مذكورة في الأصول، فمن قال بذلك؛ قال: إن القضاء الأول في مجتهد فيه، فاحتاج نفاذه إلى تنفيذ قاض آخر.

قوله: (وسبب الحرية العقد في حق المدبر): واعتبرنا التدبير سببًا في الحال على خلاف سائر التعليقات، فإن فيها الشرط مانعًا لانعقاده سببًا في الحال؛ لأن ما بعد الموت حال بطلان الأهلية، فمتى قلنا: إنه ينعقد سببًا بعد الموت؛ احتجنا إلى بقاء الأهلية، والموت ينافي الأهلية، فدعت الضرورة إلى القول بانعقاده سببا في الحال للخلاف، وتأخر الحكم إلى ما بعد الموت، فصار طريقه بطريق الوصايا، فإن الوصية تنعقد سببًا في الحال، فتأخر الحكم إلى ما بعد الموت كالقرابة، وإذا ثبت القول بانعقاده سببًا في الحال امتنع البيع فيه. كذا في الإيضاح.

فإن قيل: أهلية المُعَلِّقِ عند وجود الشرط حقيقة ليس بشرط، بدليل أن المُعَلِّقَ إذا جُنَّ بعد التعليق عند وجود الشرط يقع الطلاق المُعلَّقُ.

قلنا: الفرق بين الجنون والموت ظاهر؛ لأن الجنون عارض، فأنزل أهلًا عند وجود الشرط، أما الموت كائن لا محالة، فكانت الأهلية بطلت بالكلية، أما حقيقة فظاهر، وأما حكمًا؛ فلأن الشرع يجعل المعدوم موجودا حكمًا إذا أمكن وجوده حقيقة، ولا يمكن أن يعتبره الشرع حيًّا بعد الموت؛ لأنه مرتب

استَحَقَّ يَدًا عَلَى نَفسِهِ لَازِمَة فِي حَقِّ المَولَى، وَلَو ثَبَتَ المِلكُ بِالبَيعِ لَبَطَلَ ذَلِكَ كُلُّهُ فَلَا يَجُوزُ، وَلَو رَضِيَ المُكَاتَبُ بِالبَيعِ فَفِيهِ رِوَايَتَانِ، وَالأَظهَرُ: الجَوَازُ، وَالمُرَادُ: المُدَبَّرُ المُطلَقُ دُونَ المُقَيَّدِ، وَفِي المُطلَقِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ وَقَد ذَكَرنَاهُ فِي العَتَاقِ.

قَالَ: (وَإِن مَاتَت أُمُّ الوَلَدِ أَو المُدَبَّرُ فِي يَدِ المُشتَرِي، فَلَا ضَمَانَ عَلَيهِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: عَلَيهِ قِيمَتُهُمَا)(*) وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنهُ، ....

الأحكام على حكمه بموته فيتناقض، فإذا امتنع انعقاده سببًا بعد الموت تعين انعقاده في حال وجوده، كما في البيع بالشرط، ومتى وجد سبب العتق امتنع التصرف فيه بتمليك؛ لتضمنه إبطال حق الحرية، وحق الحرية ملحق بحقيقة الحرية.

(**لازمة في حق المولى**)؛ أي: يدًا لازمة، بدليل أن المولى لا يملك فسخ الكتابة بدون رضاء المكاتب، وغير لازمة في حق المكاتب؛ لقدرته على فسخ الكتابة بتعجيز نفسه.

(**لبطل ذلك**)؛ أي: استحقاق اليد اللازمة، وأنه لا يجوز [٢/ ٩٣/ ب]، ولهذا لو حلف لا يبيع فباع هؤلاء؛ لم يحنث. ذكره في جامع المحبوبي.

وللشافعي في بيع المكاتب قولان، أصحهما: أنه لا يجوز، وهو قولنا ومالك وأحمد.

وقال في القديم: يجوز.

(**وفي المطلق**)؛ أي: المُدبّر. المطلق: هو الذي علق عتقه بالموت، من غير تعرض بصفة، كقوله: أنت حر بعد موتي، أو إن مِتُّ فأنتَ حرٌّ، وقد مرَّ الوجه من الجانبين في باب الإعتاق.

(**وهو رواية عنه**)؛ أي: عن أبي حنيفة في حق المدبر لا في أمِّ الولد؛ لأنه تضمن أم الولد باتفاق الروايات عنه؛ لأنه لا يقوم لأم الولد عنده، أما المدبر يضمن قيمته بالبيع كما يضمن بالغصب، وهو رواية المعلى عنه.

(*) الراجح: قول الصاحبين.

لَهُمَا: أَنَّهُ مَقبُوضٌ بِجِهَةِ البَيعِ فَيَكُونُ مَضمُونًا عَلَيهِ كَسَائِرِ الأَموَالِ، وَهَذَا لِأَنَّ المُدَبَّرُ وَأُمَّ الوَلَدِ يَدخُلَانِ تَحتَ البَيعِ حَتَّى يَملِكَ مَا يُضَمُّ إِلَيهِمَا فِي البَيعِ، بِخِلَافِ المُكَاتَبِ، لِأَنَّهُ فِي يَدِ نَفسِهِ فَلَا يَتَحَقَّقُ فِي حَقِّهِ القَبضُ وَهَذَا الضَّمَانُ بِهِ. وَلَهُ: أَنَّ جِهَةَ البَيعِ إِنَّمَا تَلحَقُ بِحَقِيقَةٍ فِي مَحِلٍّ يَقبَلُ الحَقِيقَةَ، وَهُمَا لَا يَقبَلَانِ حَقِيقَةَ البَيعِ، فَصَارَا كَالمُكَاتَبِ، وَلَيسَ دُخُولُهُمَا فِي البَيعِ فِي حَقِّ أَنفُسِهِمَا، وَإِنَّمَا ذَلِكَ لِيَثبُتَ حُكمُ البَيعِ فِيمَا ضُمَّ إِلَيهِمَا، فَصَارَ كَمَالِ المُشتَرِي لَا يَدخُلُ فِي حُكمِ عَقدِهِ بِانفِرَادِهِ، وَإِنَّمَا يَثبُتُ حُكمُ الدُّخُولِ فِيمَا ضَمَّهُ إِلَيهِ، كَذَا هَذَا.

(**لهما: أنه**)؛ أي: المُدبَّر أو أم الولد (**مقبوض بجهة البيع**) وهو أن يقبض شيئًا ليشتري بعض القبض إن وافقه. كذا في مختلفات القاضي الغني.

(**فيكون مضمونًا عليه**)؛ أي: على المشتري القابض (**كسائر الأموال**)؛ يعني: إذا قبض على سوم الشراء (**وهذا**)؛ أي: كونهما مضمونين بالقبض باعتبار أن المُدبّر وأم الولد يدخلان تحت البيع، حتى يملك ما يضم إليهما من القن، بخلاف المكاتب؛ فإنه لا يضمن المشتري وإن دخل تحت المبيع إذا ضم بالقن؛ لأنه في يد نفسه؛ لأنه حرٌّ يدًا، فلا يتحقق القبض في حقه، وهذا الضمان باعتبار القبض.

(**وهما**)؛ أي: أم الولد والمدبر (**لا يقبلان حقيقة البيع**)؛ أي: حقيقة حكم البيع وهو الملك؛ لأن ضمان القيمة في الأصل مقابل بملك المبيع، ولا فساد في البيع إلا من جهة الثمن، حتى أوجبنا ضمان القيمة عليه، وهاهنا لو قلنا بالضمان لا يكون مقابلًا بملك المبيع، فصار عدوانًا محضًا. كذا في جامع البزدوي.

(**فصار كَمالِ المشتري**)؛ يعني: لو اشترى مال نفسه لا يجوز ولو ضمنه مع عبد البائع صفقةً واحدةً، فإن عبده يدخل في شرائه ليثبت الملك في حق البائع؛ وهذا لأنهما مالان حقيقة، وحُرَّانِ من وجه، فدخلا تحت البيع في حق انعقاد العقد على غيرهما، ولم يدخلا في حق انعقاده على نفسهما؛ عملًا بالدليلين، بخلاف الحُرِّ؛ لأنه ليس بمال بوجه، وهذا معنى قول المصنف (**وإنما يثبت حكم الدخول فيما ضم إليه، كذا هذا**).

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ بَيعُ السَّمَكِ قَبلَ أَن يُصطَادَ) لِأَنَّهُ بَاعَ مَا لا يَملِكُهُ (وَلَا فِي حَظِيرَة إِذَا كَانَ لَا يُؤخَذُ إِلَّا بِصَيدٍ)؛ لِأَنَّهُ غَيرُ مَقدُورِ التَّسلِيمِ، وَمَعنَاهُ: إِذَا أَخَذَهُ ثُمَّ

وفي المحيط: هذا إذا باع هؤلاء، أما لو باع عينًا بمُدَّبرٍ وأم ولد ومكاتب؛ ينعقد البيع، أما معتق البعض فلا يجوز بيع باقيه عند أبي حنيفة؛ لأنه كالمكاتب عنده، وعندهما حُرٌّ.

وقال الشافعي: إن كان المعتق مُعسِرًا يجوز بيع باقيه؛ لتحقق الرقبة فيه.

وقلنا: إنه مكاتب أو حرٌّ؛ لما مرَّ في العتاق، فلا يجوز بيعه. والأولاد المولودون من هؤلاء حكمهم في البيع حكم هؤلاء؛ لأن الصفة القارة تسري إلى الولد.

وفي المجتبى: في جمع البخاري وغيره: بيع الخمر أو الميتة، وذبيحة المجوس والمُحرِمِ، ومتروك التسمية عامدًا، وبيع الصبي الذي لا يعقل والمجنون، وبيع هوامِّ الأرض، وما يسكن في الماء إلا السمك؛ باطل، وكذا لو باع مالًا متقومًا بهذه الأشياء باطل، إلا الخمر والخنزير.

لو باع ثوبًا على أنه هروي [فإذا هو مروي][(١)]؛ قيل: هو باطل لا يملك بالقبض.

وقال الكرخي: فاسد. أو على أنه ياقوت فإذا هو زجاج، أو على أنه غلام فإذا هو جارية، أو بدين عليه وهما يعلمان أن لا دين عليه، وبيع الكلأ في أرضه قبل القطع، والماء في الحوض أو البئر؛ باطل.

واختلف في بيع الوفاء؛ فأكثر المشايخ على أنه حكمه حكم الرهن، والصحيح: أن العقد إذا كان بلفظ البيع لا يكون رهنًا، وإن ذكرا شرط الفسخ في البيع فسد البيع، وإن عقدا من غير شرط ثم ذكر الشرط على وجه المواعدة جاز، ويلزمه الوفاء بالوعد؛ لأن المواعيد قد تكون لازمة، فتجعل لازمة لحاجة الناس.

قوله: (ولا يجوز بيع السمك قبل أن يُصطادَ، ....

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

أَلْقَاهُ فِيهَا لَو كَانَ يُؤخَذُ مِن غَيرِ حِيلَةٍ جَازَ، إلَّا إذَا اجتَمَعَت فِيهَا بِأَنفُسِهَا وَلَم يَسُدَّ عَلَيهَا المَدخَلَ لِعَدَمِ المِلكِ. قَالَ: (وَلَا بَيعُ الطَّيرِ فِي الهَوَاءِ) لِأَنَّهُ غَيرُ مَملُوكٍ قَبلَ الأَخذِ، وَكَذَا ....

ولا بيع الطير في الهواء)؛ لما روي عن ابن مسعود وابن عمر أنهما قالا: "لا تبيعوا السمك في الماء؛ فإنه غرر" ولا خلاف للأئمة الأربعة فيه.

(ثم ألقاه فيها)؛ أي: في الحظيرة كالحوض والبركة؛ لأنه لا يقدر على تسليمه إلا باكتساب سبب الملك به ابتداء، وهو الاصطياد.

وفي قوله: (غير مقدور التسليم) إشارة إلى أنه لو كانت الحظيرة صغيرة يمكن أخذها بلا اصطياد؛ يجوز، أما لو كانت كبيرة لا يمكن أخذها إلا [بتكلف واحتيال؛ لا يجوز؛ لأنه باع مملوكًا لا يقدر على تسليمه، فكان كبيع الآبق والفرس الغاير الذي لا يمكن أخذه إلا][1] بحيلة. كذا في جامع قاضي خان. وبه قال الشافعي.

(لم يَسُدّ عليها المدخل) قيد به؛ لأنه لو سدَّ موضع الدخول، حتى صار بحيث لا يقدر على الخروج؛ فقد صار آخذا له، بمنزلة ما لو وقع في شبكته فيجوز بيعه، وإن لم يفعل ذلك لم يجز بيعه. كذا في المبسوط[2].

وفي الكافي: لو سدّ موضع دخول الماء أو الكوة، وصار بحال لا يستطيع الخروج عنها؛ لا يصح البيع؛ لأن هذا القدر ليس بإحراز، فصار كطير طار في بيت إنسان فسدَّ الباب والكوة لا يصير محرزا بهذا القدر ما لم يأخذه.

وقيل: يصح البيع إن أمكن أخذه بلا اصطياد؛ لأنه لمّا فعل صار آخذا له حكمًا [٢/ ٩٤/أ]، فصار حكمًا له، كما لو وقع في شبكته.

وهذا الخلاف فيما إذا لم تتهيأ الحظيرة للاصطياد، أما إذا هيأها له؛ ملكه بلا خلاف.

وفي الحلية: وحكي عن عمر بن عبد العزيز وابن أبي ليلى جواز بيع

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية. (٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٢/ ١٩).

لَو أَرسَلَهُ مِن يَدِهِ، لِأَنَّهُ غَيرُ مَقدُورِ التَّسلِيمِ ....

السمكة في بركة عظيمة، وإن احتيج إلى مؤنة كثيرة، وحكاه أبو العباس قولًا آخر من الشافعي[١].

قال شيخ الإسلام وغيره: باع سمكة في حظيرة لا يستطيع الخروج منها، ولا تؤخذ إلا بحيلة؛ لم يجز، وإن قدر عليها بلا صيد؛ جاز للمشتري الخيار إذا رآها على الأصح؛ لأن الرؤية لا تتم في الماء.

وقال الشافعي: إذا كان الماء صافيًا بحيث يرى ما فيه؛ لا خيار له، وهذا إذا أخذها وألقاها فيها، أو أدخلها باحتياله، أو سد موضع الخروج منها، أما إذا اجتمعت بأنفسها؛ فبيعها باطل كيفما كان؛ لعدم الملك، كصَيدٍ أفْرَخَتْ أو باضَتْ أو تنكست[٢]، أو تكسرت في أرض إنسان؛ لا يملكها ولا فرخها ولا بيضها ما لم يأخذها، وكذا من نصب خيمة أو شبكة للجفاف فتعلق بها صيد؛ لا يملكه إلا أن يأخذه، بخلاف ما إذا نصبها للصيد، وهكذا كمن وقع السُّكَّرُ أو الدراهم المنثورة في حجره؛ لا تكون له إلا إذا هيأ حجره أو بسطه لذلك.

ومن أعد أرضه لفراخ الصيد ففرخت ففيها؛ عن محمد: أنه له؛ لأنه أخْذٌ حكمًا، كناصب الشبكة للصيد، وكذا من هيأ مكانًا للسرقين؛ فله ما وقع فيه عند البعض. أما النحل إذا عَسَّلَ في أرضه؛ فله بكل حال؛ لأن العسل ليس بصيد، بل هو قائم بأرضه، كالشجر والزرع الذي ينبت بها. كذا في المجتبى.

وفي فتاوى الفضلي: أهل السكة كانوا يرمون بالرماد والتراب والسرقين في ساحة هي ملك لرجل؛ أن ذلك لمن سبق بالرفع، سواء هيأ المكان له أو لا.

قوله: (ولو أرسله من يده): ذكر التمرتاشي: لو باع طيرًا يذهب ويجيء كالحمام؛ فالظاهر أنه لا يجوز.

وفي فتاوى الكبرى: باع فرسًا في حظيرة، فقال البائع: سلمته إليك، ففتح المشتري فذهب [الفرس][٣]، إن أمكنه أخذه [بيده][٤] من غير عون كان

(١) حلية العلماء للشاشي (٤/ ٨٤).
(٢) في الأصل: (تكست) وهو تصحيف.
(٣) كذا في النسخة الثانية، وفي الأصل: (المشتري).
(٤) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(وَلَا بَيْعُ الحَملِ وَلَا النِّتَاجِ) «لِنَهيِ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَن بَيعِ الحَبَلِ وَحَبَلِ الحَبَلَةِ» وَلِأَنَّ فِيهِ غَرَرًا.

تسليمًا، وإلا فلا؛ لأنه لو مدَّ يده لا يمكنه الأخذ.

قوله: (ولا بيع الحَمْلِ) بسكون الميم وهو الجنين؛ أي: لا يجوز بيعه.

([والنتاج])[1] يعني: نتاج الحمل؛ وهو حبل الحبلة. ولا بيع المضامين والملاقيح، ولا خلاف فيه لأحد.

النتاج: مصدر نتجت الناقة ـ بالضم ـ، وأريد به هاهنا: المنتوج.

والحبل: مصدر حبلت المرأة حبلا، فهي حبلى، فيسمى به المحمول كما سمى بالحمل. وإنما أدخلت التاء عليه للإشعار بمعنى الأنوثة فيه. كذا في الصحاح[2]، والمغرب[3].

وفي المبسوط[4]: منهم من يروي بالفتح، فيكون المراد: بيع من تحمل هذا الحمل، بأن ولدت الناقة ثم حبلت ولدها، والمراد: بيع حمل ولدها، وقد كانوا يعتادون ذلك، فأبطله رسول الله ﷺ بنهيه عن بيع المضامين والملاقيح، وعن بيع حبل الحبلة.

والمضامين: ما تضمنته الأصلاب. والملاقيح: ما تضمنته الأرحام. وقيل: ما يكون مستور العاقبة. وعن علي: الغرر عمل ما لا يؤمن معه غرور.

وقال الأزهري: يدخل في الغرر: البيوع المجهولة التي لا يحيط بها علم المتعاقدين، وفسر الغرر بالخطر، والخطر: ما فيه تردد بين أن يكون وبين [ألّا][5] يكون.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية للجوهري (٤/ ١٦٦٥).
(٣) المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي (ص ١٠١).
(٤) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٢/ ١٩٥).
(٥) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(وَلَا اللَّبَنُ فِي الضَّرعِ لِلغَرَرِ) فَعَسَاهُ انتِفَاخٌ، وَلِأَنَّهُ يُنَازَعُ فِي كَيفِيَّةِ الحَلبِ، وَرُبَّمَا يَزدَادُ فَيَختَلِطُ المَبِيعُ بِغَيرِهِ.

قَالَ: (وَلَا الصُّوفُ عَلَى ظَهرِ الغَنَمِ) لِأَنَّهُ مِن أَوصَافِ الحَيَوَانِ، وَلِأَنَّهُ يَنبُتُ

قوله: (ولا اللبن): يجوز بالرفع والجر في حذف المضاف، وإبقائه تقديرا، أي: لا يجوز بيع اللبن في الضرع، وبه قال الشافعي وأحمد.

وقال مالك: يجوز أيامًا معلومة إذا عرف قدر حلابها، ويكون التسليم بالتخلية، كالثمار على رؤوس الأشجار. وقال الحسن البصري: يجوز في الزمان اليسير؛ لإمكان تسليمه.

وكذا الصوف على ظهر الغنم لا يجوز عندنا، وبه قال الشافعي وأحمد.

وقال مالك والليث بن سعد: يجوز بشرط الجَزِّ؛ لإمكان تسليمه.

ولنا: ما روى ابن عباس أنه ﷺ **«نَهَى أن يُباعَ صوفٌ علَى ظهرٍ، أو لَبنٍ في ضِرعٍ، أو سَمْنٍ في لَبَنٍ»**[1] ولأن اللبن في الضرع قد لا يكون، فإنه لا يدري ما في الضرع لبن أو ريح، فلا يجوز للغرر.

(**ينازع في كيفية الحلب**)؛ يعني: يحلب البائع قليلا ويقول: لم يبق بعد، ويقول المشتري: احلب أشدَّ وأقوى، فلا يحصل التسليم، وهذا جواب عن قول مالك والحسن.

(**فيختلط**)؛ أي: يختلط (**المبيع بغيره**) على وجه يتعذر التمييز؛ لأن اللبن يزداد ساعة فساعة، وتلك الزيادة لم يتناولها البيع، فيختلط المبيع بغيره.

وبيع اللؤلؤ في الصدف كبيع الحمل واللبن في الضرع؛ فقال أبو يوسف: يجوز، ويخير إذا رآه؛ لأنه مقدور التسليم، كما اشتراه بلا ضرر.

(**لأنه**)؛ أي: الصوف (**من أوصاف الحيوان**) لقيامه به. والمقصود من شراء الشاة: اللحم لا الصوف، فيكون بمنزلة الوصف، والوصف لا يجعل [٢/ ٩٤/ ب] مقصودا بإفراد البيع، فلا يجوز.

---

(١) تقدم تخريجه.

مِن أَسفَلُ فَيَختَلِطُ المَبِيعُ بِغَيرِهِ، بِخِلَافِ القَوَائِمِ؛ لِأَنَّهَا تَزِيدُ مِن أَعلَى، وَبِخِلَافِ

(من أسفل) بالضم على البناء؛ لأنه من الجهات الست (**فيختلط المبيع بغير المبيع**) على وجه يتعذر (**بخلاف القوائم**)؛ أي: قوائم الخلاف، والقوائم بالفارسية (جادها) فإنه وإن كان يختلط المبيع بغيره، لكن لا على وجه يتعذر التمييز.

(لأنها تزيد من أعلى) فيكون موضع القطع مُعيَّنًا، فلا يؤدي إلى جهالة المبيع. ولأنه يزيد على ملك المشتري فيكون له.

وعن الإمام الفضلي: الصحيح عندي: أن بيع قوائم الخلاف لا يجوز؛ لأنه وإن كان ينمو من أعلاه؛ فموضع القطع مجهول، فهو كمن اشترى على أن يقطعها؛ لا يجوز لجهالة موضع القطع.

وبيع الكراث يجوز وإن كان ينمو من أسفله للتعامل. كذا في التتمة.

وفي المبسوط: وإنما يظهر كون الصوف يظهر من أسفل بنوع امتحان؛ وهو أن يجعل على موضع القطع علامة، فإذا مضى زمان فإن العلامة تعلو، وفي القوائم لا تعلو.

وفي شرح الطحاوي: الأصل في جنس هذه المسائل: أن بيع الشيء في غلافه لا يجوز، إلا الحنطة في سنبلها، وسائر الحبوب في سنابلها، والذهب والفضة في ترابهما، بخلاف جنسه من الثمن. أما اللبن في الضرع، واللحم في الشاة وأليتها وأكارعها، والدقيق في الحنطة، والسمن في اللبن، وما أشبه ذلك من الأشياء التي في خلقتها كذلك، بحيث لا يمكن أخذها إلا بإفساد الخلقة؛ فلا يجوز.

وبخلاف القصيل؛ وهو الزرع الرطب في الأرض؛ فإنه يجوز بيعه لأنه يقطع، فلا يؤدي إلى النزاع، والقلع في الصوف متعذر، فتعين القطع، و[موضع][1] القطع غير معلوم، فيتنازعان في ذلك، وعند التنازع لم يبق مقدور التسليم.

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

القَصِيلِ لِأَنَّهُ يُمكِنُ قَلعُهُ، وَالقَطعُ فِي الصُّوفِ مُتَعَيِّنٌ فَيَقَعُ التَّنَازُعُ فِي مَوضِعِ القَطعِ، وَقَد صَحَّ «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَن بَيعِ الصُّوفِ عَلَى ظَهرِ الغَنَمِ، وَعَن لَبَنٍ فِي ضَرعٍ، وَعَن سَمنٍ فِي لَبَنٍ» وَهُوَ حُجَّةٌ عَلَى أَبِي يُوسُفَ ﷺ فِي هَذَا الصُّوفِ حَيثُ جَوَّزَ بَيعَهُ فِيمَا يُروَى عَنهُ.

قَالَ: (وَجِذعٌ فِي سَقفٍ، وَذِرَاعٌ مِن ثَوبٍ ذَكَرَا القَطعَ أَو لَم يَذكُرَاهُ) ....

(وهو)؛ أي: الحديث **(حجة على أبي يوسف في هذا الصوف)** وهو الصوف على ظهر الغنم، لا مطلق الصوف **(فيما يروى عنه)** عن أبي يوسف.

ووجهه: أنه باع مالًا منتفعًا به، مقدور التسليم في الحال، فيجوز كبيع قوائم الخلاف.

وفي الإيضاح: عن أبي يوسف: أنه يجوز بيعه على ظهر الغنم.

وذكر محمد في الصلح: لو صالح على صوف على ظهر الغنم جاز؛ لأنه يستباح الأخذ منه قبل الذبح، فجاز بيعه، والصلح عليه كالقصيل في الأرض. وقد بينا الفرق بينهما في ظاهر الرواية؛ وهو أن النمو في القوائم والقصيل من أعلى، وفي الصوف من أسفل.

قوله: (وجذع في سقف، وذراع من ثوب)؛ أي: لا يجوز بيعهما.

المراد: ثوب يضره القطع كالعمامة، أما في الثوب الذي لا يضره القطع؛ يجوز بيع ذراع منه كالكرباس، كما يجوز بيع قفير من صبرة. كذا ذكره الإمام العتابي وغيره.

وفي الإيضاح: وكذا لو باع حلية من سيف؛ لأنه لا يتخلص إلا بضرر، أو نصف زرع لم يدرك؛ لأنه لا يمكنه تسليمه إلا بقطع جميعه، وكذا لو باع ما يصيبه من ثوب مشترك من غير شريكه، و[كذا][١] لو باع ذراعا من خشبة.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

لِأَنَّهُ لَا يُمكِنُ التَّسلِيمُ إِلَّا بِضَرَر، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ مِن نُقرَة فِضَّة، لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ فِي تَبعِيضِهِ، وَلَو لَم يَكُن مُعَيَّنًا لَا يَجُوزُ لِمَا ذَكَرنَا وَلِلجَهَالَةِ أَيضًا، وَلَو قَطَعَ البَائِعُ الذِّرَاعَ أَو قَلَعَ الجِذعَ قَبلَ أَن يَفسَخَ المُشتَرِي يَعُودُ صَحِيحًا لِزَوَالِ المُفسِدِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ النَّوَى فِي التَّمرِ أَو البَذرَ فِي البِطِّيخِ، حَيثُ لَا يَكُونُ صَحِيحًا.

وَإِن شَقَّهُمَا وَأَخرَجَ المَبِيعَ لِأَنَّ فِي وُجُودِهِمَا احتِمَالًا، ....

(**لأنه**)؛ أي: الجذع (**لا يمكن تسليمه إلا بضرر**)؛ أي: بضرر يلحق البائع.

فإن قيل: يلزم هذا الضرر البائع برضاه؛ حيث التزم ذلك.

قلنا: إنه التزم العقد، والعقد لم يوجب عليه ضررًا، فكان فيه إضاعة بلا ضرورة. كذا قيل، وفيه نوع تأمل.

وفي الفوائد: العقد مشروع والضرر غير مشروع، فالعقد الذي فيه ضرر لا يكون مشروعًا ولا تلزم المحاباة؛ لأنه ليس فيه تفويت باستهلاك المال، ولا بيع الحباب في الدار إذا لم يمكن إخراجها إلا بقلع الباب؛ لأنه ممنوع على ما اختاره البعض، وبعد التسليم المبيع هاهنا يتعيب عينه أيضًا، وفي الحباب إنما يتعيب إلينا دون الحباب.

وفيما إذا اشترى نخلًا أو شجرًا على أن يقطعه المشتري، أو زرعا على أن يحصده؛ قالوا: يجب أن يجوز؛ **لأنه** أمكن تسليمه من غير ضرر بالأرض. وفي هذا التعليل إشارة على أن التعويل على ضرر يلزم في غير المبيع.

وشراء الشجر بشرط القلع لا يجوز عند البعض؛ لأنه لا يمكن القلع إلّا بحفر الأرض. وعند البعض: يجوز للتعامل، فصار كبيع الكراث يجوز للتعامل، وإن كان القياس يأباه؛ لأنه ينمو من أسفله.

(**ولو لم يكن**)؛ أي: الذراع والجذع (**معينًا لا يجوز لما ذكرنا**) وهو أنه لا يمكن تسليمه إلا بضرر (**وللجهالة أيضًا**)؛ أي: لجهالة المبيع. ولا خلاف لأحد أن جهالة المبيع تمنع الجواز.

(**لأن في وجودهما**)؛ أي: وجود النوى في التمر والبزر في البطيخ (**احتمالا**)؛ يعني: يجوز أن يكون، ويجوز ألا يكون.

وفي الإيضاح: وأما بزر البطيخ ونوى التمر؛ فذلك متصل به خلقة، فكان

أَمَّا الجِذعُ فَعَينٌ مَوجُودٌ.

تابعا له، فكان العجز عن التسليم ثابتا في الأصل، لا لإفساد شيء غير مستحق بالعقد. وكذلك خل السمسم والزيت والزيتون؛ لأنه معدوم.

(فأما الجذع عين موجود)؛ أي: قائم بنفسه لا تابع لغيره، واتصاله إنما يثبت بعارض، وكان القلع دفعًا [٢/ ٩٥/أ] للعارض، فإذا تحمل الضرر وقلعه زال المانع.

فإن قيل: يلزم على هذا ما لو باع جلد الشاة المعيبة، أو كرشها أو أكارعها، ثم ذبحها وسلم الجلد؛ لا ينقلب إلى الجواز وإن كان عيبا موجودا.

قلنا: لجنس هذه المسائل علتان مستقلتان، فلكل واحد منهما تأثير في عدم الجواز:

أحدهما: ما ذكر في الكتاب، أن في وجودهما احتمالًا، أي: شيء معيب في غلافه.

والثانية: هي أن يكون المبيع وإن كان موجودًا؛ لكنه متصل بغير المبيع خلقة، فكان تابعًا له، فكان العجز عن التسليم هناك معنى أصلي، إلا أنه اعتبر عاجزًا؛ لما فيه من إفساد شيء غير مستحق بالعقد، وذلك يستقيم في الجلد لا في الجذع؛ لما أنه غير موجود، واتصاله بعارض، إلا أنه عد عاجزًا عن التسليم حكمًا؛ لما فيه من إفساد بناء غير مستحق بالعقد، فإذا قلعه واحتمل الضرر زال المانع. إليه أشير في الذخيرة والإيضاح.

وفي المجتبى: في جمع البخاري: باع أذرعًا من خشبة، أو ثوبًا من جانب معينًا؛ لا يجوز، فإن قطعه وسلمه المشتري؛ لم يجبر على القبول، إلا أن يقبل برضاه. وقيل: لم يجز إلا بتجديد بيع مستأنف. وقيل: ينعقد تعاطيا عند أخذه. وقيل: ينفذ من الأصل، وفي جواز بيع التبن قبل أن يداس، والأرز الأبيض قبل الدقّ، والحنطة قبل الدرس، وحب القطن في قطن بعينه، ونوى تَمرٍ في تمرٍ بعينه؛ روايتان. ولو باع فَصَّ الخاتم وفي نزعه ضرر؛ لا يجوز.

قوله: (وضربة القانص)؛ أي: لا يجوز بيع ما يخرج من [ضرب][1]

---

(١) كذا بالنسخة الثانية، وفي الأصل: (بيع).

قَالَ: (وَضَربَةُ القَانِصِ) وَهُوَ مَا يَخرُجُ مِن الصَّيدِ بِضَربِ الشَّبَكَةِ مَرَّة، لِأَنَّهُ مَجهُولٌ وَلِأَنَّ فِيهِ غَرَرًا.

قَالَ: (وَبَيعُ المُزَابَنَةِ وَهُوَ: بَيعُ الثَّمَرِ عَلَى النَّخِيلِ بِتَمرٍ مَجذُوذٍ مِثلِ كَيلِهِ خَرصًا) «لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهى عَن المُزَابَنَةِ وَالمُحَاقَلَةِ» فَالمُزَابَنَةُ مَا ذَكَرنَا، وَالمُحَاقَلَةُ: بَيعُ الحِنطَةِ فِي سُنبُلِهَا بِحِنطَة مِثلِ كَيلِهَا خَرْصًا؛ وَلِأَنَّهُ بَاعَ مَكِيلًا بِمَكِيل

القانص ـ أي: الصياد ـ بشبكته على الصيد، ولا خلاف لأحد فيه.

وفي تهذيب الأبهري: ما يخرج عن ضربة الغائص ـ بالغين والياء ـ ، وهو الغواص على اللآلئ، وذلك أن يقول للتاجر: أغوص لك غوصة، فما أخرجت فهو لك بكذا.

(ولأن فيه)؛ أي: فيما يخرج من ضربة القانص **(غررا)**؛ لأنه يجوز ألّا يدخل في الشبكة صيد؛ لأنه معدوم في الحال.

قوله: **(وبيع المزابنة)**؛ أي: لا يجوز بيع المزابنة.

والمزابنة لغة: المدافعة، من الزبن وهو الدفع، ويسمى هذا النوع من البيع بها؛ لأنها تؤدي إلى النزاع؛ لأنها مبنية على التخمين، والغبن فيها مما يكثر، فيزيد المغبون دفعه، والغابن إمضاؤه فيتدافعان.

(خرصًا) نصب على التمييز من مثل كيله، يقال: خرص النخل حزر ما فيها خرصًا من حَدِّ نصر. كذا في المغرب(١).

(والمزابنة ما ذكرنا) وبه قال الشافعي وأحمد. وقال مالك: المزابنة: ضمان الصبرة بقدر معلوم، بأن يقول: أضمن لك صبرتك بكذا صاعًا، فيكال الآن، فإن زاد فَلِي وإن نقصَ فعَلَيَّ.

(والمحاقلة بيع الحنطة) إلى آخره: وبه قال الشافعي وأحمد، وهذان التفسيران إن كان من النبي ﷺ فذاك، وإن كان من الراوي فهو أعرف بتفسير ما رواه.

---

(١) المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي (ص ١٤٢).

مِن جِنسِهِ، فَلَا تَجُوزُ بِطَرِيقِ الخَرصِ كَمَا إِذَا كَانَا مَوضُوعَينِ عَلَى الأَرضِ، وَكَذَا العِنَبُ بِالزَّبِيبِ عَلَى هَذَا.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: يَجُوزُ فِيمَا دُونَ خَمسَةِ أَوسُق «لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَن المُزَابَنَةِ وَرَخَّصَ فِي العَرَايَا وَهُوَ أَن يُبَاعَ بِخَرصِهَا تَمرًا فِيمَا دُونَ خَمسَةِ أَوسُق» ....

وعن مالك: المحاقلة: هي اكتراء الأرض ببعض ما يخرج منها من الثلث أو الربع أو غيرهما.

وقلنا: الحقل لغة: القرام يزرع. كذا قاله الأزهري.

في الصحاح: الحقل: الزرع إذا انشقت ورقه[١].

ولأن ما قاله مالك نوع من القمار، والنبي عليه السلام قصد النهي عن العقد بطريق الخرص ـ أي: الحزر ـ ؛ لأن فيه شبهة الربا، والشبهة ملحقة بالحقيقة في الحرمات، موضوعين أو كانا على النخيل لشبهة الربا.

(**وقال الشافعي: يجوز**)؛ أي: شراء التمر بتمر مجذوذ على الأرض خرصًا (**فيما دون خمسة أوسق**) ولا يجوز فيما زاد عليها قولًا واحدًا، وبه قال أحمد. وفي قدر خمسة أوسق له قولان.

له: ما روي عن سهل بن حثمة عن أبي هريرة أنه عليه السلام «**نَهَى عن بَيعِ التّمرِ بِالتّمرِ، إلّا أنهُ رَخّصَ في العَرِيَّةِ، وهَوَ أن تُباعَ بخَرْصِها تمرًا يأكُلُها أهلُها**» وفي رواية: «**نَهَى عن المُزَابَنةِ ورخّصَ في العَرايا، وهي أن تُباعَ بخَرْصِها تمرًا فيما دونَ خمسةِ أوسُقٍ**»[٢].

ودليله: أن العرية ما ذكره زيد بن ثابت، فإنه لما سئل ما عراياكم هذه؟ قال: إن الرطب ليأتينا ولم يكن في أيدينا نقد نبتاعه به وعندنا فضلات قوتنا من التمر، فرخص لنا رسول الله أن نبتاع بخرصها تمرًا، فنأكل مع الناس رُطَبًا. ولأن ما على رؤوس النخيل لا يتأتى فيه الكيل، فأقام الشرع الخَرْصَ مقام

---

(١) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية للجوهري (٤/ ١٦٧١).
(٢) سبق تخريجه.

قُلنَا : العَرِيَّةُ : العَطِيَّةُ لُغَة، ....

الكيل؛ للحاجة تيسيرًا، بخلاف ما إذا كانا موضوعين على الأرض لعدم الحاجة، وهذه الحاجة في القليل دون الكثير، والتفاوت مع الخرص ينعدم أو يَقلُّ في القليل، ويكثر في الكثير، والفرق بين التفاوت اليسير والكثير أصل في الشرع، حتى إن الزيادة التي تدخل بين الكيلين تجعل عفوًا، بخلاف ما زاد على ذلك، وما دون خمسة أوسق قليل، والزائد [٢/ ٩٥/ ب] عليه كثير فلا يجوز.

وفي مقدار خمسة أوسق قولان، في قول: يجوز، وهو منقول المزني عن الشافعي؛ لإطلاق حديث سهل. وفي قول: لا يجوز، وهو مختار المزني ومذهب أحمد؛ لأن النهي عن المزابنة معلوم محقق، والرخصة في خمسة أوسق مشكوك فيه، والأول أظهر عند صاحب الوجيز، والثاني عند صاحب التهذيب وأكثر الأصحاب. كذا في شرح الوجيز(١).

وفي الحلية: ولا فرق بين الغني والفقير، خلافًا لأحمد(٢).

ولو باع من جماعة أو من واحد ثمراتٍ جملةً بثمرات الحائط على شرط العرايا جاز، وكذا يجوز العرايا عنده في العنب بالزبيب بشرائطه، ولا يجوز ذلك في سائر الثمار على الأصح.

وقوله: (تمرًا) نصب على التمييز من بخرصها، فإن قوله (أن يباع) مسندًا إلى ضمير يرجع إلى التمر الذي على رأس النخل؛ لأن الكلام فيه، وأنّثَ ضميره البارز في بخرصها على أنه جمع التمرة، وفي مثله يجوز التذكير والتأنيث، فكان تقديره: وهو، أي: بيع العرايا؛ أن يباع التمر الذي [على](٣) رأس النخل بحرزها تمرًا مجذوذًا مثله حزرًا.

قوله: (وقلنا): في المبسوط: لنا: قوله ﷺ: «**التَّمرُ بالتَّمرِ...**» الحديث، وما على رؤوس النخيل تمر، فلا يجوز بيعه بالتمر إلا كيلًا بكيلٍ، وهذا الحديث متفق على قبوله، فيرجح على الخاص المختلف في قبوله(٤).

ونهى النبي ﷺ عن بيع المزابنة والمحاقلة، وقد مر تفسيرهما.

---

(١) العزيز شرح الوجيز للرافعي (٤/ ٣٥٧).
(٢) حلية العلماء للشاشي (٤/ ١٧٨).
(٣) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٤) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٢/ ١٩٢).

....

وأما العرية التي فيها الرخصة: فهي العطية دون البيع، وبه قال مالك، قال ﷺ للخرّاصين: «**خَفِّفُوا فِي الخَرْصِ؛ فإنّ في المالِ العَرِيّةُ والوَصِيَّةُ**»[1]، والخروص لا تستحق التخفيف بسبب البيع، بل بسبب العطاء.

وتفسير العطية: أن يهب الرجل ثمرة نخله من بستانه لرجل، ثم يشق على المُعري دخول المُعَرى له في بستانه كل يوم، لكون أهله في بستانه، ولا يرضى من نفسه خلف الوعد والرجوع في الهبة، فيعطيه مكان ذلك تمرًا مجذوذًا بالخرص؛ ليدفع ضرره عن نفسه، ولا يكون مُخلِفًا للوعد، وهذا جائز عندنا؛ لأن الموهوب لم يصر ملكا للموهوب له ما دام متصلا بملك الواهب، فما يعطيه من التمر لا يكون عوضًا عنه بل هبة مبتدأة، وإنما سمي ذلك بيعًا مجازًا؛ لأنه في الصورة عوض يعطيه للتحرز عن خلف الوعد.

واتفق أن ذلك فيما دون خمسة أوسق، فظن الراوي أن الرخصة مقصورة على هذا، فنقل كما وقع عنده. كذا أوّله عيسى بن أبان، وقال: الحمل على هذا أولى؛ ليبقى نهيه ﷺ عن بيع التمر بالتمر على عمومه، وزيد بن ثابت قد أخبر أن العرية الهبة، حيث قال: "العرية: النخلة والنخلتان توهبان فيبيعها بخرصها تمرًا" وهكذا نقل عن مالك.

ولا يقال: إذا كان تأويل الحديث ذلك لا يبقى لذكر الرخصة معنًى؛ لأنا نقول: معنى الرخصة: أن يحبس ما أعرى ويعطي خرصه تمرًا بدلًا مما وهبه، إذا وهبه من غير أن يكون إثمًا، ولا في حكم من أخلف وعده. كذا قيل.

وقد يقرن الشيء بالشيء وإن كان حكمهما مختلفا، والقياس معنا في المسألة؛ لأنه مكيلا بمكيل من جنسه، فلا يجوز بطريق الخرص، كما لو كانا موضوعين على الأرض، أو كانا على رؤوس النخيل، وكما في سائر المكيلات، فإنه لو باع الحنطة أو الشعير المستحصد بشعير أو حنطة مثله بطريق الخرص لا يجوز، فكذا هذا.

---

(١) أخرجه أبو داود في المراسيل (ص ١٣٤ برقم ١١٨)، وبلفظ: «إذا خَرَصْتُم فخُذوا ودَعُوا الثلثَ، فإن لم تَدَعوا الثُّلثَ، فَدَعُوا الرُّبعَ» أخرجه أبو داود (٢/ ١١٠ برقم ١٦٠٥) والترمذي (٣/ ٢٦ برقم ٦٤٣) والحاكم (١/ ٥٦٠ برقم ١٤٦٤) من حديث سيدنا سهل بن أبي حثمة رضي الله عنهما.
قال الترمذي: والعمل على حديث سهل بن أبي حثمة عند أكثر أهل العلم في الخرص.

وَتَأوِيلُهُ أَن يَبِيعَ المُعرَى لَهُ مَا عَلَى النَّخِيلِ مِن المُعرِي بِتَمرٍ مَجذُوذٍ، وَهُوَ بَيعٌ مَجَازًا لِأَنَّهُ لَم يَملِكهُ فَيَكُونُ بُرًّا مُبتَدَأً.

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ البَيعُ بِإِلقَاءِ الحَجَرِ، وَالمُلَامَسَةِ، وَالمُنَابَذَةِ).

وَهَذِهِ بُيُوعٌ كَانَت فِي الجَاهِلِيَّةِ، وَهُوَ أَن يَتَرَاوَضَ الرَّجُلَانِ عَلَى سِلعَةٍ: أَي يَتَسَاوَمَانِ، فَإِذَا لَمَسَهَا المُشتَرِي أَو نَبَذَهَا إِلَيهِ البَائِعُ أَو وَضَعَ المُشتَرِي عَلَيهَا حَصَاةً لَزِمَ البَيعُ؛ فَالأَوَّلُ: بَيعُ المُلَامَسَةِ، وَالثَّانِي: المُنَابَذَةُ، وَالثَّالِثُ: إِلقَاءُ الحَجَرِ، «وَقَد نَهَى عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَن بَيعِ المُلَامَسَةِ وَالمُنَابَذَةِ» وَلِأَنَّ فِيهِ تَعلِيقًا بِالخَطَرِ.

(وتأويله)؛ أي: تأويل قوله: ورخص في العرايا (أن يبيع المعرى له)؛ أي: بعوض.

وفي الكافي: حمل الحديث على ما ذكرنا للحديث المشهور.

والعرية لغة: النخلة التي يُعَرِّيها صاحبها للفقير. وقيل: سميت ما ذكرنا عرية؛ لأنه عريت من التحريم، ولأنه لما وهب ثمرتها للفقير؛ فكأنه جردها من الثمرة، فصارت عارية من الثمرة، فعلى الأول فعيلة[1] بمعنى مفعول، وعلى الثاني بمعنى فاعلة. كذا في المغرب[2].

قوله: (ولا يجوز البيع بإلقاء الحجر) إلى آخره: ولا خلاف للفقهاء فيه.

(ولأن فيه) في كل واحد من هذه البيوع (تعليقا)؛ أي: تعليق التمليك (بالخطر) وفيه معنى القمار.

وفي شرح الوجيز: للملامسة ثلاث تأويلات:

أحدها: أن يأتي بثوب مطوي أو في ظلمة، فيلمسه المستام، فيقول صاحبه: بعتك هذا بكذا، بشرط أن يقوم لمسك مقام نظرك، ولا خيار لك إذا رأيته. وهو تأويل الشافعي في المختصر، وهذا البيع باطل.

والثاني: أن يجعلا نفس اللمس بيعًا، بأن يقول البائع للمشتري: إذا لمست ثوبي فهو مبيع منك، وهو باطل؛ لما فيه من التعليق.

---

(١) في الأصل: (فعلية) والمثبت هو الصواب.

(٢) المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي (ص ٣١٣).

قَالَ: (وَلَا) يَجُوزُ (بَيعُ ثَوبٍ مِن ثَوبَينِ) لِجَهَالَةِ المَبِيعِ؛ وَلَو قَالَ: عَلَى أَنَّهُ

والثالث: أن يبيعه شيئًا [٢/٩٦/أ] على أنه متى لمسه فقد وجب البيع وسقط خيار المجلس، وهذا فاسد أيضًا؛ للشرط الفساد.

وللمنابزة ثلاث تأويلات أيضًا:

أحدها: أن يجعلا نفس نبذ الثوب بيعًا، بأن يقول: انبذ ثوبي إليك وتنبذ ثوبك إليّ، على أن كل واحد بالآخر. أو يقول: أنبذ ثوبي إليك بعشرة. وهو تأويل الشافعي في المختصر.

والثاني: بأن يقول: بعتك هذا بكذا، على أني إذا نبذته إليك فقد وجب البيع، وحكمه ما مر في الملامسة.

والثالث: أن المراد منه: نبذ الحصاة، وهو أن يقول: بعتك ثوبًا من هذه الأثواب وأرمي به الحصاة، فعلى أيّه وقعت فهو المبيع. أو يقول: بعتك هذا بكذا، على أنك بالخيار إلى أن ترمي الحصاة. أو يجعل نفس الرمي بيعًا، والبيع باطل في الكل؛ لما روى أبو هريرة أنه ﷺ «**نَهَى عن بَيْعِ المُلامَسَةِ وَالمُنابَذَةِ**»[١] والمنابذة يتناول الكل[٢].

وفي المنتقى: قال أبو حنيفة: الملامسة: أن يقول البائع: أبيعك هذا الثوب بكذا، فإذا لمسته وجب البيع، أو يقول المشتري كذلك. وإلقاء الحجر: أن يقول المشتري أو البائع: إذا ألقيت الحجر وجب البيع، وهذا قولهم. كذا في الكافي.

وفي النهاية: سام البائع السلعة: عرضها على البيع وذكر ثمنها، وسامها المشتري، أي: استامها سومًا، فإذا لمسها المشتري ـ أي: السلعة ـ لزم البيع، رضي البائع أو لم يرضَ.

قوله: (ثوب من ثوبين) وكذا عبد من عبدين؛ لا يجوز، ولا خلاف فيه لأحد، حتى لو قبضهما وماتا معًا يضمن نصف قيمته كل واحد؛ لأن أحدهما مضمون بالقيمة؛ لأنه مضمون بحكم البيع الفاسد، والآخر أمانة، وليس أحدهما بأولى من الآخر، فشاعت الأمانة والضمان، ولهذا لو كان البيع

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) العزيز شرح الوجيز للرافعي (٤/١٠٣).

بِالخِيَارِ فِي أَن يَأخُذَ أَيَّهُمَا شَاءَ جَازَ البَيعُ استِحسَانًا، وَقَد ذَكَرنَاهُ بِفُرُوعِهِ.

قَالَ: (وَلَا) يَجُوزُ (بَيعُ المَرَاعِي وَلَا إِجَارَتُهَا) المُرَادُ الكَلَأُ، أَمَّا البَيعُ فَلِأَنَّهُ وَرَدَ عَلَى مَا لَا يَملِكُهُ لِاشتِرَاكِ النَّاسِ فِيهِ بِالحَدِيثِ، وَأَمَّا الإِجَارَةُ فَلِأَنَّهَا عُقِدَت

صحيحًا بأن كان فيه خيار المشتري؛ يضمن نصف ثمن كل واحد، والفاسد معتبر بالصحيح، والقيمة هنا كالثمن ثمة. ولو ماتا مرتّبًا ضمن قيمة الأول؛ لأنه تعين مضمونًا لتعذر الرد فيه، ولو حرزهما معًا عتق أحدهما؛ لأنه ملك أحدهما بالقبض، وإن حرز أحدهما لم يصح، أي: لو قال البائع أو المشتري: أحدكما حُرٌّ، ولو قالا معًا أو متعاقبًا عُتِقَا؛ لأن كل واحد عتق ملكه وملك غيره، فيصح في ملكه والبيان إلى المشتري؛ لأن من نفذ فيه عتقه مضمون بالقيمة، والقول في المضمون قول الضامن، ولو قبض أحدهما بإذن البائع فهلك؛ غرم قيمته. كذا في الكافي.

(وقد ذكرناه)؛ أي: في باب خيار الشرط.

وفي المجتبى: وفي بعض النسخ: ولا بيع ثوب بثوبين نَساءً والجنس واحد، وليس هذا في أعم الشروح[١] وأكثر النسخ، وموضعه في باب الربا.

قوله: (والمراد)؛ أي: بالمراعي **(الكلأ)** إطلاقا لاسم المحل على الحال، وإنما احتاج إلى هذا التأويل؛ لأن لفظ المرعى يقع على الأرض، وبيع[٢] الأرض وإجارتها جائز بالإجماع، سواء كان الكلأ فيه أو لم يكن.

(بالحديث)؛ وهو قوله ﷺ: «**النَاسُ شُرَكَاءُ فِي ثَلَاثٍ: فِي المَاءِ والنّارِ وَالكَلَإِ**»[٣] ففي الكلإ النابت في أرضه لا تنقطع شركة الناس عنه، ولا يصير مملوكا له، فبقي على أصل الإباحة، فلم يستفد المشتري بهذا العقد شيئًا لم يكن له فيبطل.

---

(١) في الأصل: (الشروع) والمثبت من النسخة الثانية.

(٢) في الأصل: (يقع) والمثبت من النسخة الثانية.

(٣) أخرجه ابن ماجه (٢/ ٨٢٦ برقم ٢٤٧٢) من حديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما.
قال الزيلعي: قال عبد الحق في أحكامه، قال البخاري: عبد الله بن خداش عن العوام بن حوشب منكر الحديث، وضعفه أيضا أبو زرعة، وقال فيه أبو حاتم: ذاهب الحديث. نصب الراية (٤/ ٢٩٤).

عَلَى استِهلَاكِ عَين مُبَاحٍ، وَلَو عَقَدَ عَلَى استِهلَاكِ عَينٍ مَملُوكٍ بِأَن استَأجَرَ بَقَرَةً

ومعنى إثبات الشركة في النار: الانتفاع بضوئها والاصطلاء بها وتجفيف الثياب، أما إذا أراد أن يأخذ الجمر لا يكون له ذلك إلا بإذن صاحبه. كذا ذكره القدوري.

وفي الكلأ والماء، لصاحب الأرض أن يمنع من الدخول في أرضه لا الكلأ، فإذا امتنع منه، لغيره أن يقول: إن لي في أرضك حقًّا، فإما أن توصلني إليه أو تدفعه إلي، أو دعني آخذه. وهكذا الحكم في ثوب قد وقع في دار رجل، وكذا حوض في كرم أو بئر فيه. ولو باع الكلأ أو الماء بعد الإحراز جاز؛ لأنه صار أخصَّ به من غيره، فجاز بيعه. كذا ذكره الإمام قاضي خان، والتمرتاشي.

فإن قيل: لو كان كونه أخصَّ به من غيره مُجَوِّزٌ للبيع، [ينبغي أن يجوز بيع][1] الكلإ إذا أنبته صاحب الأرض بالسقي والتربية في أرضه.

قلنا: فيه اختلاف الرواية؛ فإنه ذكر في الذخيرة والمحيط: بيع الحشيش في أرضه جائز وإن كان الأرض سقاها لأجل الحشيش؛ لأنه ملكه؛ ألا ترى أنه ليس لأحد أن يأخذه بغير إذنه، ولو نبت بنفسه لا يجوز؛ لأنه مباح بالنص. وهكذا ذكر في النوازل.

وفي القدوري: لا يجوز بيع الكلإ في أرضه وإن ساق الماء إلى أرضه ولحقه مؤنة؛ لأن الشركة في الكلإ ثابتة بالنص، وإنما تنقطع الشركة بالحيازة، وسوق الماء إلى أرضه ليس بحيازة.

ولكن ذكر التمرتاشي والإسْبِيجابي من المتأخرين: جوازه مطلقًا. ولو احتَشّهُ إنسان بغير إذنه كان له الاسترداد، وهو مختار الصدر الشهيد.

وذكر بكر في اختلاف [٢/ ٩٦/ب] أبي حنيفة وزفر: نبت الكلأ بإنباته جاز بيعه، وكذا لو حدق حول أرضه وهيأها للإنبات حتى نبت؛ صار ملكا له.

[وذكر في السرب: أن إجارة الكلإ فاسدة، حتى يملك الآخر الأجرة بالقبض][2]

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

لِيَشْرَبَ لَبَنَهَا لَا يَجُوزُ فَهَذَا أَولَى.

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ بَيعُ النَّحلِ) وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَجُوزُ إِذَا كَانَ مُحرَزًا(*)، وَهُوَ قَولُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ، ....

وذكر الحلواني عن محمد: الكلأ: ما ليس له ساق، وما قام على الساق فهو ليس بكلإٍ كالحاج، فيه روايتان عن محمد، في رواية: بمنزلة الشجر، وإليه ذهب أبو جعفر. وفي رواية: بمنزلة الكلأ، وهو محمول على ما انبسط على وجه الأرض. وكان الفضلي يقول: هو كلأ.

وفي الإيضاح: لا يجوز بيع الكلإ في أرضه، ولا ماء في نهره أو بئره، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد، وهكذا ذكر الطحاوي؛ لأنه على أصل الإباحة، فما لم يحرزه لم يجز بيعه، كبيع الصيد في أرضه ما لم يأخذه، وكذا لا يجوز بيع الكمأة في أرضه ما لم يقلعها، وكذلك بيع السمكة في نهره أو جهته، وقد مر التفصيل في بيع السمكة.

(فهذا أولى)؛ لأنها على استهلاك عين غير مملوكة، فأولى أن لا يصح؛ لأن محل الإجارة [المنافع لا الأعيان باتفاق الفقهاء، إلا إذا كانت آلة الإقامة لعمل المستحق بالإجارة](1) كالصبغ واللبن في استئجار الصباغ والظئر؛ لأن اللبن آلة للحضانة والظؤورة. كذا في الفوائد الظهيرية.

وذكر التمرتاشي: لبن بني آدم في حكم المنفعة، ولهذا لا يجوز بيعه ولا يضمن متلفه.

والحيلة في ذلك: أن يستأجر الأرض ليضرب فيه فسطاطه، وليجعله حظيرة لغنمه؛ فتصح الإجارة، ويبيح صاحب المراعي الانتفاع بالمرعى، فيحصل مقصودهما.

قوله: (وهو قول الشافعي): وفي كتبهم: في بيع النحل في الكوارة وجهان، أحدهما: لا يجوز، وهو اختيار أبي حامد، هذا إذا لم يشاهده. ولو

(*) الراجح: قول محمد.

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

لِأَنَّهُ حَيَوَانٌ مُنتَفَعٌ بِهِ حَقِيقَةً وَشَرعًا فَيَجُوزُ بَيعُهُ وَإِن كَانَ لَا يُؤكَلُ كَالبَغلِ وَالحِمَارِ.

وَلَهُمَا: أَنَّهُمَا مِن الهَوَامِّ، فَلَا يَجُوزُ بَيعُهُ كَالزَّنَابِيرِ وَالِانتِفَاعُ بِمَا يَخرُجُ مِنهُ لَا بِعَينِهِ فَلَا يَكُونُ مُنتَفَعًا بِهِ قَبلَ الخُرُوجِ، حَتَّى لَو بَاعَ كُوَّارَة فِيهَا عَسَلٌ بِمَا فِيهَا مِنَ النَّحلِ يَجُوزُ تَبَعًا لَهُ، كَذَا ذَكَرَهُ الكَرخِيُّ رحمه الله.

اجتمع في الكوارة وشاهده جاز بيعه، وكذا لو شاهده خارج الكوارة، ففي جواز بيعه له وجهان.

ومحل الخلاف نحل العسل، أما نحل غير العسل لا يحل بالإجماع؛ لأنه من الهوام كالزنابير.

(**لأنه**)؛ أي: النحل (**حيوان منتفع به حقيقة وشرعا**)؛ لإطلاقه الانتفاع به، والانتفاع تارة يكون بواسطة وطورًا بلا واسطة، يعني: شرعية المعاملات لدفع الحاجة، فيختص بمحل الانتفاع وهو منتفع.

(**ولهما: أنه**)؛ أي: النحل. والهوام جمع الهامة؛ وهي دود الأرض.

(**فلا يصح بيعه كالزنبور**) والحية والعقرب والوزغ؛ وهذا لأن الانتفاع بما يتولد منه لا بعينه، فقبل الحدوث والتولد لا ينتفع به، والعين إنما يصير مالًا لكونه منتفعًا به، حتى لو باع كوارة فيها عسل بما فيها من النحل؛ ذكر القدوري: أنه يجوز في شرحه عندهما، أنه يجوز تبعًا له كما في بيع الأرض مع الشرب، وبيع العذرة المختلطة بالتراب. كذا ذكره الكرخي في مختصره.

ولكن ذكر في الكافي: وأنكر الكرخي جواز بيع النحل مع العسل، وقال: الشيء إنما يدخل في العقد تبعًا لغيره إذا كان من حقوقه، كالشرب من الأرض، وهذا ليس من حقوقه.

وهكذا ذكر في الإيضاح، وقال فيه: ولكن ذكر في جامعه التعليل الأول عن أبي يوسف.

وبقوله: (**لا بعينه**) احتراز عن بيع الجحش والمهر، فإنهما وإن كانا لا ينتفع بهما في المال بأعيانهما فيجوز بيعهما.

عن الغوري: الكوارة ـ بضم الكاف وتشديد الواو ـ : معسل النحل إذا سُوِّي من طين.

(وَلَا يَجُوزُ بَيعُ دُودِ القَزِّ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ) لِأَنَّهُ مِن الهَوَامِّ، وَعِندَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ: يَجُوزُ إِذَا ظَهَرَ فِيهِ القَزُّ تَبَعًا لَهُ. وَعِندَ مُحَمَّد رَحِمَهُ اللهُ: يَجُوزُ كَيفَمَا كَانَ لِكَونِهِ مُنتَفَعًا بِهِ(*) (وَلَا بَيْعُ بَيضِهِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَعِندَهُمَا: يَجُوزُ)(**) لِمَكَانِ الضَّرُورَةِ. وَقِيلَ: أَبُو يُوسُفَ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ كَمَا فِي دُودِ القَزِّ وَالحَمَامِ، إِذَا عُلِمَ عَدَدُهَا وَأَمكَنَ تَسلِيمُهَا جَازَ بَيعُهَا لِأَنَّهُ مَالٌ مَقدُورُ التَّسلِيمِ.

وفي التهذيب: كوارة النحل مخففة.

وفي المغرب: الكَوارة والكِوارة بالكسر من غير تشديد[1]، وقيد الزمخشري بكسر الكاف.

وفي الغريبين: بالضم.

قوله: (إذا ظهر فيه القز)؛ لأنه إذا ظهر القز فيه صار منتفعًا به في المستقبل.

(كيفما كان)؛ أي: سواء معه القز أم لا، وبه قال الشافعي وأحمد، وهو اختيار الصدر الشهيد، وعليه الفتوى للتعامل. كذا في الذخيرة، وجامع المحبوبي.

(بيضة)؛ أي: بيض دود القز، وهو الذي يقال بالفارسية (تخم سله) لأنه غير منتفع به باعتبار ذاته، بل باعتبار غيره، وذلك الغير معدوم في الحال، وفي وجوده في المآل خطر.

(وعندهما)؛ أي: عند أبي يوسف ومحمد **(يجوز)** وبه قال الشافعي في وجه، وأحمد، وعليه الفتوى **(لمكان الضرورة)** ذكره في الذخيرة والإمام المحبوبي والصدر الشهيد.

وفي الفوائد الظهيرية: فأبو حنيفة لم يجوز فيهما، ومحمد جوزه فيهما، وفرق أبو يوسف، ففي النحل مع أبي حنيفة، وفي الدود مع محمد، فقال: ما ظهر من القز فيه منتفع به في المستقبل، فكان كالجحش والمهر، بخلاف النحل.

(*) الراجح: قول محمد.

(**) الراجح: قول الصاحبين.

(١) المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي (ص ٤١٨).

(وَلَا يَجُوزُ بَيعُ الآبِقِ) لِنَهيِ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَنهُ وَلِأَنَّهُ لَا يَقدِرُ عَلَى تَسلِيمِهِ (إِلَّا أَن يَبِيعَهُ مِن رَجُل زَعَمَ أَنَّهُ عِندَهُ) لِأَنَّ المَنهِيَّ عَنهُ بَيعُ آبِقٍ مُطلَقٍ وَهُوَ أَن يَكُونَ آبِقًا فِي حَقِّ المُتَعَاقِدَينِ وَهَذَا غَيرُ آبِقٍ فِي حَقِّ المُشتَرِي؛ وَلِأَنَّهُ إِذَا كَانَ عِندَ المُشتَرِي انتَفَى العَجزُ عَن التَّسلِيمِ وَهُوَ المَانِعُ، ثُمَّ لَا يَصِيرُ قَابِضًا بِمُجَرَّدِ العَقدِ إِذَا كَانَ فِي يَدِهِ وَكَانَ أَشهَدَ عِندَهُ أَخَذَهُ، لِأَنَّهُ أَمَانَةٌ ....

واضطرب في بيضه؛ قيل: مع أبي حنيفة كما في دوده.

قوله: (**والحَمَامُ إذا عُلِمَ عدَدُها**) إلى آخره: وفي فتاوى قاضي خان: لو باع طيرًا بطير في الهواء، إن كان راجيًا يعود إلى بيته ويقدر على أخذه من غير تكلف؛ جاز بيعه، وإلا فلا[1]، وكذا [٢/ ٩٧/أ] بيع الحمام في البرج، وبه قال الشافعي.

ولو باع الحمام الطائر، فللشافعي فيه وجهان، فعند بعض أصحابه: الأصح: الجواز لاعتياده العود. وعند أكثرهم: الأصح: عدم الجواز؛ لأن عودها غير موثوق به؛ إذ ليس لها عقل باعث على العود. كذا في شرح الوجيز[2].

وفي تتمتهم: لو كانت في البرج والكُوَى مسدودة يجوز البيع، ولو كانت تطير، إن كانت مألوفة؛ فالعقد صحيح، وإن لم تكن ألفت الرجوع، فربما تعود وربما لا تعود؛ فالعقد باطل؛ لأنه وقع على غرر. وعندنا: كل ما هو مقدور تسليمه يجوز بيعه، وإلا فلا.

قوله: (**ولا يجوز بيع الآبق**): وهذا بإجماع الفقهاء الأربعة.

وعن ابن عمر: يجوز بيعه. وعن ابن سيرين: يجوز بيعه لو عرف موضعه.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أنه يجوز بيعه، قيل: هذا إذا علم المشتري، ولو اختلفا في العلم؛ فالقول للبائع، وأما العبد المرسل في حاجته فيجوز بيعه. كذا في المحيط.

---

(١) فتاوى قاضي خان (٢/ ٧٥).

(٢) العزيز شرح الوجيز للرافعي (٤/ ٣٦).

عِندَهُ وَقَبضُ الأَمَانَةِ لَا يَنُوبُ عَن قَبضِ البَيعِ، وَلَو كَانَ لَم يُشهِد يَجِبُ أَن يَصِيرَ قَابِضًا، لِأَنَّهُ قَبضُ غَصبٍ، لَو قَالَ: هُوَ عِندَ فُلَانٍ فَبِعهُ مِنِّي، فَبَاعَهُ، لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ آبِقٌ فِي حَقِّ المُتَعَاقِدَينِ، وَلِأَنَّهُ لَا يَقدِرُ عَلَى تَسلِيمِهِ.

وَلَو بَاعَ الآبِقَ ثُمَّ عَادَ مِن الإِبَاقِ لَا يَتِمُّ ذَلِكَ العَقدُ؛ لِأَنَّهُ وَقَعَ بَاطِلًا لِانعِدَامِ المَحَلِّيَّةِ كَبَيعِ الطَّيرِ فِي الهَوَاءِ. وَعَن أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: أَنَّهُ يَتِمُّ العَقدُ إِذَا لَم يُفسَخ، لِأَنَّ العَقدَ انعَقَدَ لِقِيَامِ المَالِيَّةِ، وَالمَانِعَ قَد ارتَفَعَ وَهُوَ العَجزُ عَن التَّسلِيمِ، كَمَا إِذَا أَبَقَ بَعدَ البَيعِ، وَهَكَذَا يُروَى عَن مُحَمَّد رَحِمَهُ اللَّهُ.

(زعم أنه)؛ أي: الآبق، فحينئذ يجوز بيعه، وبه قال الشافعي.

(وكان أشهد)؛ أي: أشهد أنه أخذه للرد على المولى **(لأنه يصير أمانة عنده)** ولهذا لو هلك قبل الوصول إلى المولى؛ يهلك أمانة **(وقبض الأمانة لا ينوب عن قبض البيع)**؛ لأن الأدنى لا ينوب عن الأقوى.

(لأنه)؛ أي: القبض بلا إشهادٍ **(قبض غصب)** فينوب عن قبض الشراء؛ إذ كل واحد قبض ضمان. وذكر التمرتاشي: [وإن لم][1] يشهد فكذلك عند أبي يوسف [لا يصير قابضًا][2]، وعندهما يصير قابضًا، وإن كان أخذه لنفسه يصير قابضًا عقيب الشراء بالاتفاق.

(ولو قال)؛ [أي][3]: المشتري **(هو)**؛ أي: الآبق **(عند فلان فبعه مني)** لا يجوز؛ لأنه آبق في حق المتعاقدين، فكان آبقا مطلقًا، فيدخل تحت النهي.

(ولأنه)؛ أي: البائع **(لا يقدر على تسليمه)**.

وقال الشافعي: لو قدر المشتري على انتزاعه من يد فلان يجوز، وإلّا لَا.

(عاد من الإباق وسلمه)؛ أي: المشتري **(لا يتم ذلك العقد)** كذا عن محمد؛ لأن شرط الجواز فات وقت العقد، فلا يكون محلًّا للعقد وإن وجد الشرط بعد البيع، كما لو باع خمرًا فصارت خلًّا قبل التسليم، أو باع طيرًا في الهواء ثم أخذه.

---

(١) كذا بالنسخة الثانية، وفي الأصل: (وأن).

(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(٣) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

قَالَ: (وَلَا بَيعُ لَبَنِ امرَأَة فِي قَدَح) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ﷺ: يَجُوزُ بَيعُهُ، لِأَنَّهُ مَشرُوبٌ طَاهِرٌ، وَلَنَا: أَنَّهُ جُزءُ الآدَمِيِّ وَهُوَ بِجَمِيعِ أَجزَائِهِ مُكَرَّمٌ مَصُونٌ عَن الِابتِذَالِ

(**وعن أبي حنيفة**) وهو رواية عن محمد (**يتم لقيام المالية**) إذ الآبق مال مملوك (**والمانع**)؛ أي: من الجواز (**ارتفع**) بالعقد، فصار كما لو باع المرهون ثم فكه قبل الخصومة، أو باعه ثم أَبَقَ، وبه أخذ الكرخي وجماعة من مشايخنا. كذا ذكره الإسْبِيجابي.

ولا يحتاج إلى بيع جديد، وقيد به إذا لم يفسخ؛ لأن القاضي إذا فسخ البيع بطلب المشتري التسليم، وعجز البائع عنه؛ فحينئذ يحتاج إلى بيع جديد. كذا في الذخيرة.

ولو باع الآبق من ابنه الصغير لا يجوز، ولو وهبه له أو ليتيم في حجره جاز؛ لأن ما بقي له من اليد في الآبق يصلح لقبض الهبة دون البيع، وإعتاق الآبق من الكفارة جائز إذا علم حياته ومكانه. كذا ذكره التمرتاشي.

قوله: (**لبن امرأة في قدح**): قيل: ذكر القدح اتفاقي، فإن حرمة بيعه غير موقوفة على كونه في قدح، ولكنه أخرج الكلام مخرج العادة. والأصح: أن هذا قيد مقيد؛ لأنه لو لم يذكره لتوهم جواز بيعه في القدح، وإنما لا يجوز لكونه في الضرع، كما هو الحكم في حق لبن سائر الحيوانات؛ فإنه لا يجوز في الضرع، ويجوز في القدح وفي غيره من الإناء. وإليه أشار الإمام أبو جعفر في كشف الغوامض. وبقولنا: قال مالك وأحمد في رواية، وأبو القاسم بن يسار من أصحاب الشافعي؛ لأنه نجس عند أبي القاسم، ولا يحل شربه لغير الصغير عنده لعدم الضرورة.

(**مشروب طاهر**) ولهذا يستعط به ويشرب، فأشبه لبن الشاة. وإنما ذكر الطهارة بعد كونه مشروبًا؛ احترازًا عن الخمر؛ فإنها مشروب غير طاهر.

(**ولنا: أنه**)؛ أي: اللبن (**جزء الآدمي وهو**)؛ أي: الآدمي (**بجميع أجزائه**) إلى آخره: فلا يكون مالًا ومحلًّا للبيع. وإنما قلنا: إنه جزء الآدمي؛ لأن الشرع أثبت حرمة الرضاع بمعنى البعضية.

وإنما قلنا: إنه غير مال؛ لأن المال غير الآدمي خلق لمصالح الآدمي، فما

بِالبَيعِ، وَلَا فَرقَ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ بَينَ لَبَنِ الحُرَّةِ وَالأَمَةِ، وَعَن أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: أَنَّهُ يَجُوزُ بَيعُ لَبَنِ الأَمَةِ لِأَنَّهُ يَجُوزُ إِيرَادُ العَقدِ عَلَى نَفسِهَا فَكَذَا عَلَى جُزئِهَا(*).

قُلنَا: الرِّقُّ قَد حَلَّ نَفسَهَا، فَأَمَّا اللَّبَنُ فَلَا رِقَّ فِيهِ، لِأَنَّهُ يَختَصُّ بِمَحِلٍّ يَتَحَقَّقُ فِيهِ القُوَّةُ الَّتِي هِيَ ضِدُّهُ وَهُوَ الحَيُّ وَلَا حَيَاةَ فِي اللَّبَنِ.

يجري فيه الشح والضنة فلا يكون محلًّا، وعلل شمس الأئمة وقال: لبن الآدمي في حكم المنفعة، ولهذا يجوز استحقاقه بعقد الإجارة، وبيع مثله لا يجوز. وإليه أشار ابن سماعة عن محمد.

فإن قيل: أجزاء الآدمي مضمونة، فكذا اللبن ينبغي أن يكون كذلك، والحال أنه لا يضمن بالإتلاف.

قلنا: أجزاء الآدمي لا تضمن بالإتلاف، بل يضمن ما انتقص من الأصل؛ ألا ترى أن الجرح إذا اتصل به سقط أرشه، وكذا السن إذا نبت، إلا ما يستوفى بالوطء فإنه مضمون وإن لم ينقص شيء من الأصل؛ تغليظًا لباب البضع، وهذا لأن ما يستوفى [٢/ ٩٧/ ب] بالوطء ملحق بالنفس حكمًا في حق الضمان؛ لأنه احترام للماء الذي تخلق به نفس، بخلاف من حز صوف شاة ولم ينبت آخر؛ حيث لم يسقط عنه ضمان الأول، وبإتلاف اللبن لا ينتقص من الأصل شيء فلا يضمن. كذا في الأسرار، وفي تجويز بيع لبن الآدمية فساد؛ لأن حرمة المصاهرة تثبت به، فإذا لم يكن معلومًا يتمكن الفساد من الأنكحة بين الناس، والله لا يحب الفساد.

(على جزئها)؛ أي: جزء النفس؛ لأنه متولد منها فيأخذ حكمها.

(الرقُّ حلَّ نفسها)؛ يعني: البيع لا يجوز إلا فيما حل فيه الرق، والرق لا يحل اللبن، **(لأنه)**؛ أي: الرق ضعف حكمي، فيختص بمحل القوة التي ضده وهو الحي؛ لأن الضدان يتعاقبان على موضوع واحد، ولا حياة في اللبن؛ لأنه جماد، فلا يكون محلًّا للرق؛ لأنهما مختلفتان مختصتان بالأحياء.

وأما قوله **(إنه مشروب)**[1]؛ فقلنا: ليس بمشروب على الإطلاق، بل

(*) الراجح: ظاهر الرواية.

(١) انظر ص ٨١٠.

قَالَ: (وَلَا) يَجُوزُ (بَيعُ شَعرِ الخِنزِيرِ) لِأَنَّهُ نَجِسُ العَينِ فَلَا يَجُوزُ بَيعُهُ إِهَانَةً لَهُ، وَيَجُوزُ الِانتِفَاعُ بِهِ لِلخَرزِ لِلضَّرُورَةِ، فَإِنَّ ذَلِكَ العَمَلَ لَا يَتَأَتَّى بِدُونِهِ، ....

لضرورة حاجة الطفل؛ فإنه لا يتغذى بغيره، حتى لو استغنى عنه لم يبح شربه، إليه أشار قوله تعالى: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ﴾ [البقرة:٢٣٣] الآية.

وصبه في عين رمدة لا يجوز عند بعض أصحابنا، وعند البعض يجوز إذا علم جواز الترمد به؛ لتحقق الحاجة حينئذ.

قوله: (**ولا بيع**)؛ أي: لا يجوز بيع شعر الخنزير باتفاق الأئمة (**إهانة له**)؛ أي: لشعر الخنزير كالخمر؛ وهذا لأن النجاسة في الشعر لهوان المحل، وجواز البيع يشعر بإعزازه[١].

فإن قيل: جعل البيع في مسألة لبن الآدمي دليل الإهانة، حيث قال: إنه مكرم مضمون عن الابتذال، وجعله دليل الإعزاز؛ لأنه جعل عدم جواز البيع إهانة له، فكان بيعه إعزازًا لا محالة، فيكف يكون الشيء الواحد دليل الإعزاز والإهانة؟

قلنا: قال العلَّامة مولانا حافظ الدين في جوابه: الإعزاز والإهانة يتفاوتان بتفاوت محلهما كالإحراق؛ فإنه إهانة في حق الآدمي، إعزاز في حق الحطب، حيث اعتبر له، فجواز البيع في الشيء الخسيس دليل الإعزاز، وفي الشيء الشريف دليل الإهانة للضرورة، قال الله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا ٱضْطُرِرْتُمْ﴾ [الأنعام:١١٩] والانتفاع بلحمه جائز عند الضرورة، والشعر أخف منه.

وعند أبي يوسف: أنه يكره ذلك؛ لأنه نجس، والانتفاع بالنجس حرام إلا للضرورة، ولا ضرورة هاهنا؛ لأن الخرز يحصل بغيره.

وعن ابن سيرين: أنه كان لا يلبس خُفًّا خُرِزَ بشَعرِ الخنزير.

قال صاحب الفوائد: إلا أن المسلمين توارثوا جواز الانتفاع به للخرز، وما رآه[٢] المسلمون حسنًا فهو عند الله حسن، ولا اعتبار للورع في هذا.

---

(١) في الأصل: (بإعجازه) والمثبت من النسخة الثانية.

(٢) في النسختين: (رواه).

وَيُوجَدُ مُبَاحَ الأَصلِ فَلَا ضَرُورَةَ إِلَى البَيعِ، وَلَو وَقَعَ فِي المَاءِ القَلِيلِ أَفسَدَهُ عِندَ أَبِي يُوسُفَ. وَعِندَ مُحَمَّد رحمه الله: لَا يُفسِدُهُ(*)، لِأَنَّ إِطلَاقَ الِانتِفَاعِ بِهِ دَلِيلُ طَهَارَتِهِ، وَلِأَبِي يُوسُفَ رحمه الله: أَنَّ الإِطلَاقَ لِلضَّرُورَةِ فَلَا يَظهَرُ إِلَّا فِي حَالَةِ الِاستِعمَالِ وَحَالَةُ الوُقُوعِ تُغَايِرُهَا.

(وَلَا) يَجُوزُ (بَيعُ شُعُورِ الإِنسَانِ وَلَا الِانتِفَاعُ بِهَا) لِأَنَّ الآدَمِيَّ مُكَرَّمٌ لَا ....

(ويؤخذ مباح الأصل): أراد به: لا يملكه أحد بوجه، حتى لا يملك بالاصطياد، ولا يضمن متلفه، فيكون مباحا في الأصل، ولهذا يوجد مباحًا غالبا، فلا ضرورة إلى البيع.

وقيل: إذا كان لا يؤخذ إلا بالبيع جاز بيعه، ولكن لا يطيب الثمن للبائع، ويكره بيعه للبائع. كذا في جامع أبي الليث.

ولا بأس للأساكفة أن يُصَلّوا مع شعر الخنزير وإن كان أكبر من قدر الدرهم.

[وفي الكافي: ولو كان زائد على قدر الدرهم][1] وزنًا عند البعض، وبسطًا عند البعض؛ لا يجوز عند أبي يوسف. وقال محمد: يجوز.

وفي الحيرة: هذا كله في المنتوف، فأما المجزوز فطاهر. كذا في جامعي التمرتاشي، وقاضي خان.

(فلا يظهر إلّا في حالة الاستعمال)؛ لأن ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها. والصحيح قول أبي يوسف؛ لأنه لو كان طاهرًا مطلقًا مباح الانتفاع؛ يجوز بيعه قياسًا على عامة ما هذا شأنه.

قوله: (ولا يجوز بيع شعور الإنسان): ولا خلاف للفقهاء فيه، وكذا لا يجوز الانتفاع به إلا رواية عن محمد أنه يجوز الانتفاع به؛ استدلالًا بما روي أنه عليه السلام «حلَقَ شَعرَهُ وقَسَمَهُ بينَ أصْحابِهِ تبرُّكًا بِهِ»[2] ولو كان نجسًا لما فعل؛

(*) الراجح: قول أبي يوسف.

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(٢) أخرجه البخاري (١/ ٤٥ برقم ١٧١) ومسلم (٢/ ٩٤٧ برقم ١٣٠٥) من حديث سيدنا أنس بن مالك رضي الله عنه.

مُبتَذَلٌ فَلَا يَجُوزُ أَن يَكُونَ شَيءٌ مِن أَجزَائِهِ مُهَانًا وَمُبتَذَلًا وَقَد قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ : «لَعَنَ اللَّهُ الوَاصِلَةَ وَالمُستَوصِلَة» الحَدِيثُ، وَإِنَّمَا يُرَخَّصُ فِيمَا يُتَّخَذُ مِن الوَبَرِ فَيَزِيدُ فِي قُرُونِ النِّسَاءِ وَذَوَائِبِهِنَّ.

قَالَ: (وَلَا بَيعُ جُلُودِ المَيتَةِ قَبلَ أَن تُدبَغَ) لِأَنَّهُ غَيرُ مُنتَفَعٍ بِهِ، قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ

لأنه لم يتبرك بالنجس؛ ألا ترى أن أبا طيبة حين شرب دمه تبرّكًا نهاه أن يعود إلى مثله في المستقبل. كذا في جامع شمس الأئمة.

وفي جامع فخر الإسلام، وقاضي خان: أنه طاهر، وإنما حرم الانتفاع به لشرفه لا لخسته.

(مبتذل) بكسر الذال؛ أي: مستعمل للشيء مهينا له، ولهذا لا ينتفع بشيء مما ينفصل عنه بل يدفن؛ ألا ترى أن غائط الآدمي يدفن ولا ينتفع به كما هو، فكذلك شعره.

وقيد بقوله **(كما هو)** احتراز عن الغائط المختلط بالتراب؛ فإنه يجوز الانتفاع به تبعا للتراب.

الواصلة: التي تصل الشعر بنفسها. والمستوصلة: التي تطلب الوصل، بأن تأمر غيرها بوصل ذلك إلى شعرها، والأولى تُسمّى مشاطة، واستحقاق اللعن بالوصل دليل على حرمة [٢/٩٨/أ] استعماله.

(فيما يتخذ من الوبر) وهي القرامل؛ لأنه زينة، والزينة مباح بقوله تعالى: ﴿قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ ٱللَّهِ ٱلَّتِىٓ أَخْرَجَ لِعِبَادِهِۦ﴾ [الأعراف:٣٢] فمن حيث إنه زينة ينبغي أن يجوز بشعور الآدمي أيضًا، إلا أنه ترك بعارض وهو لزوم إهانة المكرم، وحديث قسمة شعره عليه السلام دليل على شرفه، فلا يجوز إهانته في الاستعمال.

قوله: (قبل أن تدبغ): قيد به؛ لأن بعد الدبغ يجوز، ولا خلاف للفقهاء في أنه لا يجوز قبل الدبغ.

فإن قيل: نجاستها لما اتصل بها من الدسومات النجسة، فينبغي ألا يمنع تبعها عندنا، كالثوب النجس والدهن النجس.

قلنا: الدسومات في الجلد باعتبار أصل الخلقة، فما لم يزايله فهو كعين الجلد، وبهذا الطريق يكون الجلد محرمة العين، فأما النجاسة في الثوب

وَالسَّلَامُ: «لَا تَنتَفِعُوا مِنَ المَيتَةِ بِإِهَابٍ» وَهُوَ اسمٌ لِغَيرِ المَدبُوغِ عَلَى مَا عُرِفَ فِي كِتَابِ الصَّلَاةِ (وَلَا بَأسَ بِبَيعِهَا وَالِانتِفَاعِ بِهَا بَعدَ الدِّبَاغِ) لِأَنَّهَا قَد طَهُرَت بِالدِّبَاغِ، وَقَد ذَكَرنَاهُ فِي كِتَابِ الصَّلَاةِ (وَلَا بَأسَ بِبَيعِ عِظَامِ المَيتَةِ وَعَصَبِهَا وَصُوفِهَا وَقَرنِهَا وَشَعرِهَا وَوَبَرِهَا وَالِانتِفَاعِ بِذَلِكَ كُلِّهِ)؛ لِأَنَّهَا طَاهِرَةٌ لَا يَحِلُّهَا المَوتُ؛ لِعَدَمِ الحَيَاةِ وَقَد قَرَّرنَاهُ مِن قَبلُ. وَالفِيلُ كَالخِنزِيرِ نَجِسُ العَينِ عِندَ مُحَمَّد رَحِمَهُ اللَّهُ، وَعِندَهُمَا: بِمَنزِلَةِ السِّبَاعِ حَتَّى يُبَاعُ عَظمُهُ وَيُنتَفَعُ(*) بِهِ.

والدهن ليس كذلك، بل جاورتهما بعد أن لم يكن، فلا يتغير حكم أصل الثوب والدهن من حيث الانتفاع وجواز البيع. كذا في جامع شمس الأئمة.

وفي بعض الفوائد: للجلد شبه بالعظم لصلابته، فيكون طاهرًا، وشبه لِلَّحم لرخاوته ورطوبته، فيكون نجسًا، فعملنا بالشبهين، فلو كان مدبوغا يحل الانتفاع لشبه العظم لصلابته، ولو كان غير مدبوغ لا يحل عملًا بشبه اللحم، ولا يمكن العكس، يعرف بالتأمل.

(**لأنها**)؛ أي: الجلود.

(**لأنها**)؛ أي: المجموع (**طاهرة**).

(**من قبل**)؛ أي: في كتاب الصلاة، وقد ذكرنا فيه اختلاف العلماء.

قوله: (**نجس العين عند محمد**) فلا يجوز بيعه، ولهذا لا تقع الزكاة عليه.

وذكر في الذخيرة: عدم جواز بيعه مطلقًا من غير ذكر خلاف، وكذا الانتفاع به لا يجوز؛ لأنه نوع من الخنزير.

(**وينتفع به**)؛ أي: بعظمه، روي أنه عليه السلام «**اشْتَرَى لِفاطِمَةَ سِوارَيْنِ مِنْ عاجٍ**»[1] وظهر استعمال الناس من غير نكير. كذا في جامع المحبوبي.

وفي الإيضاح: يجوز بيع الفيل بإجماع العلماء؛ لأنه ينتفع بالحمل عليه وبعظمه، فصار كغيره من الحيوان، ويجوز المقاتلة به؛ لعدم ورود النهي.

(*) **الراجح: قول الشيخين.**

(١) أخرجه أبو داود (٤/ ٨٧ برقم ٤٢١٣) وأحمد (٥/ ٢٧٥ برقم ٢٢٤١٧) والبيهقي في الكبرى (١/ ٤١ برقم ٩٧) من حديث سيدنا ثَوْبَانُ النَّبَوِيُّ رضي الله عنه.

قال البيهقي: في إسناده حميد الشامي، وقد سُئِلَ عنه الإمام أحمد فقال: لا أعرفه.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ السُّفلُ لِرَجُلٍ وَعُلُوُّهُ لِآخَرَ فَسَقَطَا أَو سَقَطَ العُلُوُّ وَحدَهُ فَبَاعَ صَاحِبُ العُلُوِّ عُلُوَّهُ لَم يَجُز) لِأَنَّ حَقَّ التَّعَلِّي لَيسَ بِمَالٍ، لِأَنَّ المَالَ مَا يُمكِنُ إِحرَازُهُ وَالمَالُ هُوَ المَحِلُّ لِلبَيعِ، بِخِلَافِ الشِّربِ، حَيثُ يَجُوزُ بَيعُهُ تَبَعًا لِلأَرضِ بِاتِّفَاقِ الرِّوَايَاتِ وَمُفرَدًا فِي رِوَايَةٍ، وَهُوَ اختِيَارُ مَشَايِخِ بَلخ - رَحِمَهُمُ اللَّهُ - لِأَنَّهُ حَظٌّ مِن المَاءِ، وَلِهَذَا يُضمَنُ بِالإِتلَافِ وَلَهُ قِسطٌ مِن الثَّمَنِ عَلَى مَا نَذكُرُهُ فِي كِتَابِ الشِّربِ.

وفي شرح مختصر الكرخي: بيع القرد يجوز عند أبي حنيفة في رواية الحسن عنه.

وفي المحيط: هو المختار. وفي رواية ابن مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: باطل.

وقال أبو يوسف في الجوامع: أكره بيعه. أما بيعُ السَّبُعِ الحَيِّ لا يجوز، وكذا بيع لحمه، وبيع لحمه إذا كان مُزَكًّى يجوز في رواية.

وفي المحيط: هو الصحيح. ولا يجوز في رواية.

قوله: (صاحبُ العُلُوِّ عُلُوَّهُ)؛ أي: حق التعلي **(لم يجز)**؛ لأن هذا بيع لم يصادف محله، فيلغو؛ وهذا لأن محل البيع المال وما يتعلق بعين المال، والثابت له بعد الانعدام حق التعلي، وحق التعلي يتعلق بالهواء، والهواء ليس بمال؛ لأن المال ما يمكن قبضه وإحرازه لوقت الحاجة، والهواء ليس بهذه الصفة. كذا في جامع قاضي خان.

وإنما يجوز بيعه قبل الانهدام؛ باعتبار البناء القائم، ولم يبق.

(لأنه)؛ أي: الشرب **(حظ من الماء)** والماء عين، فكان بيع الشرب بيع العين، أو بيع شيء يتعلق بالعين فيجوز.

فإن قيل: لو كان بيع الشرب بمنزلة بيع العين وهو الماء، ينبغي ألّا يجوز البيع إذا كان الماء معدومًا في الأرض.

قلنا: إنما يجوز للضرورة، وبعرضية وجوده، كما في السلم والاستصناع. كذا في الفوائد الظهيرية.

(ولهذا يضمن بالإتلاف) بأن سقى رجلٌ أرضَهُ بشربِ غيرِه؛ يَضمَنُ، وهو رواية البزدوي.

قَالَ: (وَبَيعُ الطَّرِيقِ وَهِبَتُهُ، جَائِزٌ وَبَيعُ مَسِيلِ المَاءِ وَهِبَتُهُ بَاطِلٌ) وَالمَسأَلَةُ تَحتَمِلُ وَجهَينِ: بَيعُ رَقَبَةِ الطَّرِيقِ وَالمَسِيلِ، وَبَيعُ حَقِّ المُرُورِ وَالتَّسِيلِ. فَإِن كَانَ الأَوَّلَ: فَوَجهُ الفَرقِ بَينَ المَسأَلَتَينِ أَنَّ الطَّرِيقَ مَعلُومٌ، لِأَنَّ لَهُ طُولًا وَعَرضًا مَعلُومًا، وَأَمَّا المَسِيلُ: فَمَجهُولٌ، لِأَنَّهُ لَا يُدرَى قَدرُ مَا يَشغَلُهُ مِن المَاءِ، ....

وعلى رواية شيخ الإسلام: لا يضمن. وقيل: يضمن فيما إذا جمع الماء ثم أتلفه، ولا يضمن قبل الجمع. وقيل: في المسألة روايتان.

ونقل عن الإمام جلال الدين ابن المصنف قال: والإتلاف سوى هذه الصورة؛ لأنه لو ضمن بغيرها، إما أن يضمن بالسقي أو بمنع حق الشرب، ولا وجه إلى الأول؛ لأن الماء مشترك بين الناس بالحديث، ولا وجه إلى الثاني؛ لأن منع حق الغير ليس بسبب للضمان، بل السبب منع ملك الغير ولم يوجد.

وروي أنه لما دخل نيسابور رأى أئمته يفتون بوجوب ضمانه على ظاهر ما ذكر، فخَطَّأَهُمْ وعلَّلَ بهذا التعليل. وأيضًا نقله من مسائل الشرب في هذا الكتاب، ونقله صحيح؛ لأنه ذكره فيها في كتاب الشرب، فإنه قال فيه: ادعى رجل شراء أرض بشربها بألف، فشهد شاهد بذلك وسكت الآخر عن الشرب؛ بطلت شهادتهما لاختلافهما في مقدار الثمن. كذا في الجامع للقاضي خان والفتاوى.

وقيل: لو باع أرضا بشربها فاستحق بشربها؛ يحط من الثمن نصيب الشرب، وإنما لم يجز بيعه منفردًا في رواية، وهو اختيار مشايخ بخارى للجهالة. ولو سقط العلو بعد البيع قبل القبض؛ بطل البيع لهلاك المبيع قبل التسليم. كذا في الكافي. [٢/٩٨/ب]

قوله: (فإن كان الأول) وهو بيع رقبة الطريق يجوز، وبيع رقبة المسيل.

(بين المسألتين)؛ وهو أن بيع رقبة الطريق يجوز، وبيع رقبة المسيل لا يجوز.

(لأن له)؛ أي: للطريق **(طُوْلًا وعَرْضًا مَعْلومًا)** فإن عرضه مقدار باب الدار، وطوله إلى السكة النافذة غالبا، فيجوز البيع.

(أما المسيل) وهو النهر **(مجهول)** لأنه يختلف بقلة الماء وكثرته، حتى لو

وَإِن كَانَ الثَّانِيَ: فَفِي بَيعِ حَقِّ المُرُورِ رِوَايَتَانِ، وَوَجهُ الفَرقِ عَلَى إِحدَاهُمَا بَينَهُ وَبَينَ حَقِّ التَّسيِيلِ، أَنَّ حَقَّ المُرُورِ مَعلُومٌ لِتَعَلُّقِهِ بِمَحِلٍّ مَعلُوم وَهُوَ الطَّرِيقُ، أَمَّا المَسِيلُ عَلَى السَّطحِ فَهُوَ نَظِيرُ حَقِّ التَّعَلِّي وَعَلَى الأَرضِ مَجهُولٌ لِجَهَالَةِ مَحِلِّهِ.

وَوَجهُ الفَرقِ بَينَ حَقِّ المُرُورِ وَحَقِّ التَّعَلِّي عَلَى إِحدَى الرِّوَايَتَينِ: أَنَّ حَقَّ التَّعَلِّي يَتَعَلَّقُ بِعَين لَا تَبقَى وَهُوَ البِنَاءُ فَأَشبَهَ المَنَافِعَ، أَمَّا حَقُّ المُرُورِ يَتَعَلَّقُ بِعَين تَبقَى وَهُوَ الأَرضُ فَأَشبَهَ الأَعيَانَ.

قَالَ: (وَمَن بَاعَ جَارِيَة فَإِذَا هُوَ ....

باع رقبة الأرض ليسيل الماء، وبَيَّنَ موضعه وحدوده؛ جاز، ولو لم يُبَيِّنْ لا يجوز. كذا في جامعي قاضي خان، وشمس الأئمة.

(وإن كان الثاني) وهو حق المرور وحق تسبيل الماء **(روايتان)** فعلى رواية الزيادات: لا يجوز، وبه أخذ الكرخي لجهالته. وعلى رواية كتاب القسمة: يجوز، وبه أخذ عامة المشايخ.

(والفرق على هذه الرواية بينه وبين حق التسبيل) فإن بيع حق التسبيل لا يجوز باتفاق الروايات.

(أن حق المرور معلوم)؛ لأنه متعلق بمحل معلوم وهو الطريق **(أما المسيل)** فإن كان على السطح **(فهو نظير حق التعلي)** وقد مر فساده **(وإن كان على الأرض فهو مجهول لجهالة محله)** كما مر.

(والفرق بين حق التعلي) فإنه لا يجوز باتفاق الروايات، وحق المرور على رواية جواز بيعه ما ذكر في المتن. كذا ذكره شمس الأئمة، وقاضي خان.

وإنما ذكر الفرق؛ لأنه على تعليل حق التعلي: بأنه ليس بمال، فيشكل حق المرور، فاحتاج إلى الفرق.

قوله: **(فإذا هو)**؛ أي: الجارية. ذكرها بتذكير الخبر. وعكسه؛ بأن اشترى عبدًا فإذا هو جارية؛ لم يجز البيع استحسانًا، خلافًا لزفر.

هو يقول: هذا بمنزلة خلاف الوصف؛ إذ الذكورة والأنوثة وصفان، فلا يتبدل بهما معنى الذات في الحيوانات، فصار كأنه اشترى عبدًا على أنه خباز،

غُلَامٌ فَلاَ بَيعَ بَينَهُمَا)، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ كَبشًا فَإِذَا هُوَ نَعجَةٌ حَيثُ يَنعَقِدُ البَيعُ وَيَتَخَيَّرُ.

وَالفَرقُ يَنبَنِي عَلَى الأَصلِ الَّذِي ذَكَرنَاهُ فِي النِّكَاحِ لِمُحَمَّد ﷺ وَهُوَ: أَنَّ الإِشَارَةَ مَعَ التَّسمِيَةِ إِذَا اجتَمَعَتَا فَفِي مُختَلِفِي الجِنسِ يَتَعَلَّقُ العَقدُ بِالمُسَمَّى وَيَبطُلُ

فإذا هو لم يكن، فيصح البيع ويثبت له الخيار، وهو قياس مذهب الشافعي؛ لفوات الوصف المرغوب فيه.

وعن أبي حنيفة: أنه أثبت الخيار في مثل هذا؛ لفوات الوصف المرغوب فيه.

ثم في **قوله**: **(لا بيع بينهما)** اختلف المشايخ أنه باطل أم فاسد؟

فقال صاحب الإيضاح: باطل؛ لتعلق العقد بالمسمى، وهو معدوم، فيبطل العقد لعدم محله؛ إذ بيع المعدوم باطل، وإليه أشير في المتن **(يتعلق العقد بالمسمى ويبطل لانعدامه)**.

وقال بعضهم: إنه فاسد، وهو اختيار الكرخي؛ لأنه باع المسمى وأشار إلى غيره، فصار كأنه باع شيئًا على أن يسلم غيره، وذلك فاسد. كذا في جامع قاضي خان.

(ذكرناه)؛ أي: ذلك الأصل **(لمحمد)** يعني: الأصل المتفق في وجه قول محمد في مسألة التزوج على دن من الخل، لا أن ذلك الأصل عند محمد، ولهذا لم يقع الاختلاف بينهم في هذه المسألة.

قوله: **(ففي مختلفي الجنس)** إلى آخره: إنما اعتبرت التسمية في مختلفي الجنس؛ لأن التسمية أبلغ في التعريف من الإشارة؛ لأن الإشارة لتعريف الذات مُعيّنًا، والتسمية لإعلام الماهية، وأنه أمر زائد على أصل الذات، فصار أبلغ في التعريف، ونحن نحتاج في مقام التعريف إليه، فلذلك علقنا الحكم بالمسمى لا المشار إليه، فتعينت الإشارة لتمييز الذات، فكذلك الحكم بالمشار إليه. كذا في الإيضاح، والفوائد الظهيرية.

وقال فخر الإسلام: الجمع بينهما في متفقي الجنس ممكن؛ بأن يجعل الإشارة للتعريف، والتسمية للترتيب، كما لو اشترى عبدًا على أنه خباز فإذا هو

لِانعِدَامِهِ، وَفِي مُتَّحِدِي الجِنسِ يَتَعَلَّقُ بِالمُشَارِ إِلَيهِ وَيَنعَقِدُ لِوُجُودِهِ وَيَتَخَيَّرُ لِفَوَاتِ الوَصفِ، كَمَن اشتَرَى عَبدًا عَلَى أَنَّهُ خَبَّازٌ فَإِذَا هُوَ كَاتِبٌ، وَفِي مَسأَلَتِنَا الذَّكَرُ وَالأُنثَى مِن بَنِي آدَمَ جِنسَانِ لِلتَّفَاوُتِ فِي الأَغرَاضِ، وَفِي الحَيَوَانَاتِ جِنسٌ وَاحِدٌ لِلتَّقَارُبِ فِيهَا وَهُوَ المُعتَبَرُ فِي هَذَا دُونَ الأَصلِ كَالخَلِّ وَالدِّبسِ جِنسَانِ.

وَالوَذَارِيُّ والزَّنْدَنيجِي عَلَى مَا قَالُوا جِنسَانِ مَعَ اتِّحَادِ أَصلِهِمَا.

لم يكن؛ كان البيع صحيحًا؛ لأن ذكر الوصف للترغيب، أما لو كان بخلاف جنس المسمى يلزم المسمى؛ إذ هو المقصود، والبناء عليه واجب للتفاوت في الأغراض، فإن المبتغى من العبيد الاستخدام خارج الدار، ومن الإماء الاستخدام داخل الدار، كالطبخ والكنس والاستفراش والاستيلاد، والغلام لا يصلح للاستيلاد والافتراش، فكان التفاوت بينهما فاحشًا.

(**وفي الحيوان جنس واحد للتقارب فيها**)؛ أي: في الأغراض، فإن المقصود الكلي من الحيوان: الأكل، والركوب، والحمل، ولا تفاوت بينهما في هذا.

(**وهو**)؛ أي: التفاوت في الأغراض (**المعتبر في هذا**)؛ أي: في كونهما جنسان متحدان أو مختلفان (**دون الأصل**)؛ أي: أصل المادة أو الماهية، حتى قالوا: الدبس والخل جنسان مع اتحاد أصلهما.

(**والوذاري**) بفتح الواو وكسرها: ثوب منسوب إلى وذار، قرية بسمرقند. أصله: بالذال المعجمة، وبالذال [الغير][(١)] المعجمة فارسي.

والزندنيجي: ثوب منسوب إلى زيد، في قرية ببخارى.

وقال الحكماء: الذكر والأنثى من بني آدم جنس واحد؛ لاتحادهما في الحقيقة والجنس مقول على كثيرين مختلفين بالحقيقة عندهم، وأهل الحق جعلوهما جنسين؛ لتفاوت المقاصد، والحق معهم؛ لأن اختلاف الحقائق يعرف باختلاف الخواص [٢/٩٩/أ] لا بأصل المادة؛ [لأنه لما اعتبر أصل المادة][(٢)] ينبغي ألا يكون الفرس والإنسان جنسين عندهم؛ لاتحاد مادتهما وهي النطفة.

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

قَالَ: (وَمَن اشتَرَى جَارِيَة بِأَلفِ دِرهَم حَالَّة أَو نَسِيئَة فَقَبَضَهَا ثُمَّ بَاعَهَا مِن البَائِعِ بِخَمسِمِائَةٍ قَبلَ أَن يَنقُدَ الثَّمَنَ الأَوَّلَ: لَا يَجُوزُ البَيعُ الثَّانِي) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَجُوزُ لِأَنَّ المِلكَ قَد تَمَّ فِيهَا بِالقَبضِ فَصَارَ البَيعُ مِن البَائِعِ وَمِن غَيرِهِ سَوَاء وَصَارَ كَمَا لَو بَاعَ بِمِثلِ الثَّمَنِ الأَوَّلِ أَو بِالزِّيَادَةِ أَو بِالعَرَضِ.

قوله: (لا يجوز البيع الثاني) وبه قال مالك وأحمد.

وقيد **بقوله (قبل أن ينقد الثمن)**؛ لأن بعد نقد الثمن يجوز بالإجماع.

(أو بالعرض)؛ يعني: لو باعها منه بدنانير، وقيمة الدنانير أقل من الألف؛ لا يجوز عندنا استحسانًا، ويجوز قياسًا، وهو قول زفر؛ لأن امتناع جواز شراء ما باع بأقل مما باع لكان الربا، ولا يجري الربا بين الذهب والفضة، فكان كالبيع بالعرض.

وجه الاستحسان: أنهما واحد من حيث كونهما ثمنًا للأشياء، ومن حيث يضم أحدهما إلى الآخر في الزكاة، وهذا يقتضي تحقق الربا، فيحرم احتياطًا.

أو نقول: جهة كونهما جنسًا واحدًا يوجب عدمه، وعند اجتماع موجب الحلِّ والحرمة؛ يغلب موجب الحرمة؛ لقوله عليه السلام: «**مَا اجْتمَعَ الحلالُ والحَرامُ...**»(١) الحديث. كذا في المبسوط(٢).

فإن قيل: فعلى هذا ينبغي أن يحرم التفاضل بينهما احتياطًا؛ لجهة كونهما جنسًا واحدًا كما ذكرنا.

قلنا: يلزم منه إلغاء كونهما جنسين حقيقة بالكلية، ويلزم أن يكون القياس راجحًا على الحديث المشهور، وهو قوله عليه السلام: «**إذا اخْتَلَفَ النّوعانِ...**»(٣) الحديث. وفيه نوع تأمل.

وفي بعض الحواشي: مال كثير من مشايخنا، كالكرخي والزعفراني

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (٧/ ٢٧٥ برقم ١٣٩٦٩) موقوفًا على سيدنا عبد الله بن مسعود رضي الله عنه. وقال: إسناده منقطع.

(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (١١/ ٢٢٤).

(٣) أخرجه مسلم (٣/ ١٢١١ برقم ١٥٨٧) من حديث سيدنا عبادة بن الصامت رضي الله عنه.

وَلَنَا: قَولُ عَائِشَةَ رضي الله عنها لِتِلكَ المَرأَةِ وَقَد بَاعَت بِستِّمِائَة بَعدَمَا اشتَرَتْ بِثَمَانِمِائَة:

والصفار؛ إلى قول الشافعي في هذه المسألة، والقياس ما قاله، ولكن ما وجدته في كتب عندي.

قوله: (لتلك المرأة): في المبسوط: روي أن امرأة دخلت على عائشة وقالت: بعتُ زيد بن أرقم جاريةً بثمانمائة درهم إلى العطاء، ثم اشتريتها منه قبل مجيء الأصل بستمائةِ درهم، فقالت عائشة: "بئسَ ما شْريْتِ واشْتَريتِ..." إلى آخره، والشراء بمعنى البيعٍ يستعمل، قال تعالى: ﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ﴾ [يوسف:٢٠] ثم أتاها زيد بن ثابت معتذرًا، فَتَلَتْ عائشة قوله تعالى: ﴿فَمَن جَآءَهُۥ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِۦ فَٱنتَهَىٰ فَلَهُۥ مَا سَلَفَ﴾ [البقرة:٢٧٥]، وهذا دليل على فساد هذا العقد كان مشهورًا بينهم، وإنما سمعت من رسول الله ﷺ؛ وذلك لأن أجزية الجرائم لا تعرف بالرأي، وقد جعلت الجزاء على مباشرة هذا العقد إبطال الحج والجهاد، فعرف أنه كالمسموع من النبي عليه السلام(١).

ولأن اعتذار زيد دليل على السماع؛ لأن في المجتهدات كان يخالف بعضهم بعضًا، وما كان يعتذر أحدهما للآخر، ولا يجوز أن يقال: ألحقت الوعيد به للأجل إلى العطاء؛ لأنا نقول: إن مذهب عائشة جواز البيع إلى العطاء، ولأنها كرهت العقد الثاني بقولها "بئسَ ما اشْتَريتِ"، وليس فيه هذا المعنى، فعرفت أنها كرهت لذلك، وإنما كرهت الأول؛ لأنهما تطرَّقَا به إلى العقد الثاني.

والمعنى فيه: أنه استربح عما ليس في ضمانه، «**وَنَهَى رسولُ اللهِ ﷺ عَنْ رِبْحِ ما لَمْ يَضْمَنْ**»(٢).

وبيان ذلك: أن الثمن لا يدخل في ضمانه قبل القبض، فإذا عاد إليه الملك الذي [زال](٣) عنه بعينه وبقي له بعض الثمن؛ فهذا ربح حصل لا على ضمانه،

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ١٢٢).

(٢) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٨٣ برقم ٣٥٠٤) والترمذي (٣/ ٥٢٧ برقم ١٢٣٤) من حديث سيدنا عبد الله ابن عمرو رضي الله عنهما.
قال الترمذي: حديث حسن صحيح.

(٣) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

«بِئسَمَا شَرَيْتِ وَاشتَرَيْتِ، أَبلِغِي زَيدَ بنَ أَرقَمَ أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَبطَلَ حَجَّهُ وَجِهَادَهُ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ إن لَم يَتُب»؛ وَلِأَنَّ الثَّمَنَ لَم يَدخُل فِي ضَمَانِهِ فَإِذَا وَصَلَ إِلَيهِ المَبِيعُ وَوَقَعَت المُقَاصَّةُ بَقِيَ لَهُ فَضلُ خَمسِمِائَةٍ وَذَلِكَ بِلَا عِوَض، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ بِالعَرضِ، لِأَنَّ الفَضلَ إِنَّمَا يَظهَرُ عِندَ المُجَانَسَةِ.

ولا يوجد هذا فيما إذا اشتراه بمثل الثمن الأول أو أكثر، فالربح هناك يحصل للمشتري والمبيع قد دخل في ضمانه، وكذلك إذا اشتراه البائع الأول من المشتري الثاني؛ لأنه لم يعد إليه المستفاد من جهته؛ لأن اختلاف الأسباب بمنزلة اختلاف الأعيان [على](١) ما عرف، وكذلك لو دخل في المبيع عيب ثم اشتراه البائع بأقل من الثمن الأول؛ لأن الملك لم يعد إليه على الصفة التي خرج، فلا يتحقق ربح ما لم يضمن، ولكن يجعل النقصان بمقابلة الجزء الذي احتبس عند المشتري، سواء كان ذلك النقصان بقدر ذلك أو دونه، حتى إذا كان النقصان نقصان شعر فهو غير معتبر في العقود؛ لأنه فتور في رغبات الناس فيه، وليس من فوات جزء من العين، وكذلك إذا اشتراه بجنس آخر غير الثمن، فإن ذلك جائز لا يظهر عند اختلاف الجنس، والفضل إنما يظهر بالتقويم، والبيع لا يعقب ذلك، بخلاف ما لو اشتراه بجنس الثمن الأول، فالفضل هناك من غير تقويم.

فإن قيل: يحتمل أن عائشة ذمت البيع الثاني؛ باعتبار أنه بيع البيع قبل القبض؛ إذ القبض لم يذكر في الحديث.

قلنا: هذا لا يصح؛ لأنها ذمته لأجل الربا، وليس في بيع المبيع قبل القبض ربا.

فإن قيل: قد جاء الوعيد في تفريق الولد عن الوالد بالبيع، ومع ذلك البيع جائز.

قلنا: الوعيد هناك للتفريق لا للبيع، حتى لو تفرق بدون البيع كان الوعيد لاحق أيضًا، فلما أمكن الانفصال بين البيع والتفريق في الجملة؛ اعتبر منفصلًا

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

....

في حق جواز البيع، وكره البيع، كالبيع وقت النداء، وأما هاهنا لما كان الوعيد لشبهة الربا؛ فالربا مخصوص بالبيع، كما هو أكثر اتصالًا بالبيع [٢/ ٩٩/ ب]، فأوجب الفساد لحقيقة الربا؛ لأن الشبهة ملحقة بالحقيقة. كذا في الفوائد الظهيرية وغيرها.

وفي المبسوط: وكذا لو اشترى مملوكه من عبده أو مكاتبه بأقل لا يجوز؛ لأن تصرفه يقع للمالك، فإن كسب العبد لمالكه، وله في كسب مكاتبه حق الملك، فكان تصرفهما كتصرفه.

ولو اشترى ولده أو والده أو زوجته؛ عند أبي حنيفة وعندهما يجوز؛ لتباين الأملاك بينهما، كما لو اشتراه أخوه.

[ولأبي حنيفة:](١) أن كل واحد بمنزلة الآخر فيما يرجع إلى ملك [الغير](٢)، ولهذا لا تقبل شهادة أحدهما لصاحبه كشهادته لنفسه، فكان شراء ابن البائع أو أبيه كشرائه بنفسه.

ولو اشترى وكيل البائع بأقل من الثمن الأول؛ جاز عند أبي حنيفة خلافًا لهما؛ لأن تصرف الوكيل عنده يقع لنفسه، ولهذا يجوز للمسلم أن يُوَكِّلَ ذميًّا بشراء خمرٍ وبيعها عنده، ولكن ينتقل الملك إلى الموكل حكما، فصار كما لو اشتراه لنفسه ثم مات فورثه البائع.

وعندهما: يجعل عقد الوكيل كعقد نفسه، ولهذا لا يجوز عندهما للمسلم أن يوكل ذميًّا بشراء خمر أو بيعها، فكان الموكل عاقدًا بنفسه فلا يجوز.

ولو اشترى وارث البائع بأقل مما باع مورثه؛ يجوز في ظاهر الرواية. وعن أبي يوسف: لا يجوز. ولو باعه المشتري من رجل، أو ووهبه له، أو أوصى به له، ثم اشتراه البائع من ذلك الرجل؛ يجوز لما ذكرنا من اختلاف الأسباب. الكل من المبسوط(٣).

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ١٢٦).

قَالَ: (وَمَن اشتَرَى جَارِيَة بِخَمسِمِائَة ثُمَّ بَاعَهَا وَأُخرَى مَعَهَا مِن البَائِعِ قَبلَ أَن يَنقُدَ الثَّمَنَ بِخَمسِمِائَة، فَالبَيعُ جَائِزٌ فِي الَّتِي لَم يَشتَرِهَا مِن البَائِعِ وَيَبطُلُ فِي الأُخرَى) لِأَنَّهُ لَا بُدَّ أَن يَجعَلَ بَعضَ الثَّمَنِ بِمُقَابَلَةِ الَّتِي لَم يَشتَرِهَا مِنهُ فَيَكُونُ مُشتَرِيًا لِلأُخرَى بِأَقَلَّ مِمَّا بَاعَ وَهُوَ فَاسِدٌ عِندَنَا، وَلَم يُوجَد هَذَا المَعنَى فِي صَاحِبَتِهَا وَلَا يَشِيعُ الفَسَادُ، لِأَنَّهُ ضَعِيفٌ فِيهَا لِكَونِهِ مُجتَهِدًا فِيهِ، ....

قوله: (لأنه لا بد أن يجعل) إلى آخره.

فإن قيل: علة الفساد لو كانت إصابة الثمن لها في حصتها أقل من خمسمائة عند تقسيم الثمن عليهما؛ كان ينبغي ألا يفسد البيع في التي اشتراها المشتري بخمسمائة، ولو باعها وأخرى معها بألف وخمسمائة؛ لأن عند تقسيم الثمن نصيب كل واحد أكثر من خمسمائة، فلا يكون فيه شراء ما باع بأقل مما باع، ومع ذلك كان البيع فاسدًا. كذا في جامع فخر الإسلام وشمس الأئمة.

قلنا: إنما فسد فيهما؛ لأن جهات جواز العقد فيها يكثر؛ لأنا لو جعلنا بإزاء ما باع ألفًا جاز، وإن جعلنا بإزائه ألفًا وحبة جاز، ثم هكذا وهكذا، وإذا تعددت جهة الجواز وليس البعض في الحمل عليه أولى من البعض؛ فامتنع الجواز، بخلاف الإكراه وأمثالها؛ حيث يتجزأ الجواز فيها لتعين جهة الجواز، على ما يجيء في الصرف إن شاء الله تعالى.

(لأنه)؛ أي: الفساد **(فيها)**؛ أي: في المشتراة، فلما ضعف الفساد لم يتعد إلى المضمومة إليها، كما لو باع قِنًّا ومدبَّـرًا؛ حيث يصح في القن، ولم يتعدَّ فساد البيع في المدبر إلى القن؛ لأن بيع المدبر مجتهد فيه.

(لكونه)؛ أي: لكون فساد شراء ما باع بأقل مما باع **(مجتهدا فيه)** بخلاف الجمع بين العبد والحر في عقد واحد؛ حيث يشيع الفساد في القن؛ لأن الفساد في الحر قوي مجمع عليه، وهذه المسألة منقوضة بمسألة ذكرها في المبسوط: وهي أن الرجل إذا أسلم فَوْهِيًّا في فوهيٍّ ومَرْويٍّ؛ فإنه باطل في الكل عند أبي حنيفة. وعندهما: يصح[1]، كما لو أسلم حنطة في شعير وزيت، ففي الكل باطل عنده. وعندهما: يجوز في حصة الزيت.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٢/ ١٨٧).

أَو لِأَنَّهُ بِاعتِبَارِ شُبهَةِ الرِّبَا، ....

ثم إن فساد العقد بسبب الجنسية مجتهد فيه، فإن إسلامه هَرَوِيّ في هَرَوِيَّ يجوز عند الشافعي، وكذا إسلام الفَوْهِيِّ في الفَوْهِيِّ، ومع ذلك تعدى الفساد إلى المقرون به وهي إسلام الفوهي في المَرْوِيِّ، مع كونه مجتهدًا فيه.

واستضعف شمس الأئمة في المبسوط هذا التعليل، وقال بعد إسلام الفَوْهِيَّةِ في الفَوْهِيَّةِ: بهذا تبين أن الطريق ما قلنا في قول أبي حنيفة، في مسألة إسلام الحنطة في الشعير والزيت، أن العلة المفسدة للعقد قد وجدت في الكل، أما في حصة الشعير فظاهر، وفي حصة الزيت جعل قبول العقد في الشعير شَرْطًا في قبول العقد في الزيت؛ لأن من جمع بين شيئين في عقد واحد؛ فإنه يكون شارِطًا عليه قبول العقد في كل واحد منهما في عرف التجار، ولهذا [لو][١] قبل العقد في أحدهما دون الآخر لا يجوز، وهذا شرط فاسد، والسلم بالشرط الفاسد يفسد، بخلاف القن والمدبر؛ فإن العقد في المدبر ليس بفاسد، ولهذا لو أجاز القاضي بيعه جاز[٢].

ثم العجب من الشيخ شمس الأئمة استضعف هذه النكتة في المبسوط في قول أبي حنيفة، وعلل هو بذلك التعليل أيضًا في الجامع الصغير في هذه المسألة، ولكنا لا نتوهم التناقض في حقه؛ فإن للمجتهدين اختيارات، فيختارون في كل موضع ما يليق له. كذا في النهاية.

وفي الكافي: الفساد في مسألة إسلام البر في شعير وزيت ليس بطريق تَعَدّي الفساد كما زعم البعض، بل باعتبار أن إعلام رأس المال شرط عنده، والمسلم فيه [٢/ ١٠٠/أ] مختلف فيه، فكان فساد السلم في كل واحد منهما؛ لجهالة ما يخص كل واحد منهما من رأس المال.

(أو لأنه)؛ أي: الفساد في المشتراة **(باعتبار شبهة الربا)** فلو اعتبرنا تلك الشبهة في الجارية التي ضمت إلى المشتراة، لكنا اعتبرنا شبهة الشبهة، والمعتبر الشبهة لا شبهة الشبهة.

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٢/ ١٨٢).

أَو لِأَنَّهُ طَارِئٌ؛ لِأَنَّهُ يَظهَرُ بِانقِسَامِ الثَّمَنِ أَو المُقَاصَّةِ فَلَا يَسرِي إِلَى غَيرِهَا.

وبيان ذلك: ما ذكره الإمام قاضي خان؛ وهو أن في المسألة الأولى إنما لم يصح شراء ما باع بالأقل لشبهة الربا؛ وذلك لأن الألف وإن وجب للبائع بالعقد الأول، لكنها على شرف السقوط؛ لاحتمال أن يجد المشتري بها عيبًا فيرده، فيسقط الثمن عن المشتري، وبالبيع الثاني يقع الأمن عنه، فيصير البائع بالعقد الثاني مشتريًا ألفًا بخمسمائة من هذا الوجه، والشبهة ملحقة بالحقيقة في باب الربا احتياطًا.

(**أو لأنه**)؛ أي: الفساد (**طارئ**) فلا يتعدى إلى الأخرى؛ لعدم وقوعه في العقد.

وبيان ذلك: ما ذكر في الفوائد الظهيرية؛ وهو أنه ما شرط في العقد أن يكون بإزاء ما باعه أقل من الثمن الأول، بل قابل الثمن بالجاريتين، وهذه المقابلة صحيحة، ولكن بعد ذلك ينقسم الثمن على قيمتها، فيصير البعض بإزاء ما باع، والبعض بإزاء ما لم يبع، فحينئذ يفسد البيع فيما باع، وهذا فساد طارئ؛ لأن الانقسام بعد وجوب الثمن لا يتعدى إلى الأخرى.

(**أو المقاصَّة**)؛ أي: لطروء الفساد في المشتراة وجهان، أحدهما: انقسام الثمن كما ذكرناه. والثاني: المقاصّة.

وبيان ذلك: ما ذكره أبو المعين في الجامع الصغير؛ أن المقاصّة تقع بين الثمن الأول والثاني، فيبقى من الأول فضل من غير أن يقابله عوض، والمقاصّة تقع عقيب وجوب الثمن على البائع الأول بالعقد الثاني، فيفسد عند وقوع المقاصّة، وإذا كان كذلك يكون الفساد طارئًا، فلا يظهر في حق الآخر، كما إذا باع عبدين وفي أحدهما أجل إلى الحصاد، أو جمع بين عبد ومدبر وباعهما؛ فإن البيع لا يفسد في القن ولا في الذي لا أجل فيه.

وقال شمس الأئمة في مبسوطه في هذه المسألة: فإن قيل: ينبغي أن يجعل بمقابلة ما باع مثل الثمن الأول احتيالًا لتصحيح العقد.

قلنا: هذا الوجه غير متعين [للتصحيح][١]؛ فإنه وإن جعل بمقابلة أكثر من

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

قَالَ: (وَمَن اشتَرَى زَيتًا في ظرف عَلَى أَن يَزِنَهُ بِظَرفِهِ فَيَطرَحَ عَنهُ مَكَانَ كُلِّ ظَرفٍ خَمسِينَ رَطلًا فَهُوَ فَاسِدٌ، وَلَو اشتَرَى عَلَى أَن يَطرَحَ عَنهُ بِوَزنِ الظَّرفِ جَازَ)؛ لِأَنَّ الشَّرطَ الأَوَّلَ لَا يَقتَضِيهِ العَقدُ، وَالثَّانِي يَقتَضِيهِ.

الثمن الأول يجوز العقد أيضًا، وعند المعاوضة لا يترجح البعض على البعض من غير دليل[١]. وفيه نوع تأمل.

فإن قيل: ينبغي أن يفسد العقد في الآخر؛ لأن قبول العقد في ذلك شرط لقبول العقد في الآخر، وهو شرط فاسد كما هو مذهب أبي حنيفة في نظائر هذا.

قلنا: قبول العقد فيه ليس بشرط فاسد؛ ألا ترى أنه لو كان ثمة مثل الثمن الأول أو خلاف جنس الثمن الأول كان صحيحًا، وإنما الفساد لأجل الربح الحاصل لا على ضمانه، وهذا المعنى يقتصر على العبد الذي باعه، ولا يتعدى إلى العقد في العبد الثاني.

وفي المبسوط: لو اشتراه البائع مع رجل آخر؛ جاز شراء الأجنبي في نصفه، كما يجوز شراؤه في الكل، واعتبار البعض بالكل اعتبار صحيح[٢]. ولو ولدت الجارية عند المشتري، ثم اشتراها منه بالأقل، إن كانت الولادة نقصتها جاز، كما لو دخلها عيب عند المشتري، وإن لم ينقصها لا يجوز؛ لأنه يحصل له ربح لا على ضمانه.

قوله: (يطرح عنه بوزن الظرف جاز): وقال الشافعي: ولو [قال][٣]: بعتك السمن كل رطل بدرهم على أن وزن الظرف معه، فيحتسب بوزن الظرف في إلزام ثمنه على هذا السعر، ولا يكون الظرف مبيعًا، فإن كان يعرف قدر وزن السمن ولا يعرف قدر وزن الظرف؛ فالبيع باطل؛ لأنه شرط عليه بدل الثمن في مقابلة ما ليس بمبيع. وإن كان قدر كل واحد منهما معلومًا؛ فالظاهر: أن البيع فاسد؛ لجهالة المبيع لاختلاطه بغيره.

وفي الحلية[٤]: يجوز، ولو باع السمن والظرف جزافًا جاز. ولو باعهما

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ١٢٧).
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ١٢٧).
(٣) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.
(٤) حلية العلماء للشاشي (٤/ ١١٠).

قَالَ: (وَمَن اشتَرَى سَمنًا فِي زِقٍّ فَرَدَّ الظَّرفَ وَهُوَ عَشَرَةُ أَرطَال، فَقَالَ البَائِعُ: الزِّقُّ غَيرُ هَذَا، وَهُوَ خَمسَةُ أَرطَال، فَالقَولُ قَولُ المُشتَرِي)، لِأَنَّهُ إِنِ اعتُبِرَ اختِلَافًا فِي تَعيِينِ الزِّقِّ المَقبُوضِ فَالقَولُ قَولُ القَابِضِ ضَمِينا كَانَ أَو أَمِينًا، وَإِن اعتُبِرَ اختِلَافًا فِي السَّمنِ، فَهُوَ فِي الحَقِيقَةِ اختِلَافٌ فِي الثَّمَنِ فَيَكُونُ القَولُ قَولَ المُشتَرِي؛ لِأَنَّهُ يُنكِرُ الزِّيَادَةَ.

جميعا بعدما شاهد ظاهر السمن، فلو شاهد الظرف فارغًا، أو كانت ثخانته معلومة بالعادة؛ فالعقد جائز. ولو كان الظرف مما تختلف ثخانته وغلظه وتتفاوت؛ فالعقد لا يصح. كذا في تتمتهم.

وفي حلية المؤمن: ولو شرط أن يزنه بظرفه، ثم حط وزن الظرف يجوز كما قلنا؛ لأن الشرط الأول وهو أن يطرح خمسين رطلًا، فكان كل ظرف لا يقتضيه العقد، وفيه نفع لأحد المتعاقدين من قبل أن وزن الظرف لو كان أقل من خمسين يجب تكميله بالزيت، فيخرج عن البيع بعض الزيت ولا يدرى مقداره، وإن كان وزن الظرف أكثر؛ وجب ضم [٢/ ١٠٠/ب] بعض الظرف إلى الزيت، ولا يدرى كم يكون، فأما طرح الظرف بوزنه فشرط يوجبه العقد؛ لأن الظرف غير مبيع، فطرح وزن الظرف واجب، فيكون شرطًا ملائمًا للعقد، فلا يفسد العقد به. كذا في جامع البزدوي.

(ضمينا كان)؛ أي: القابض كالغاصب **(أو أمينا)** كالمودع.

(لأنه)؛ أي: المشتري **(ينكر الزيادة)**.

فإن قيل: يشكل هذا على مسألتين:

أحدهما: ما إذا باع عبدين وقبضهما المشتري، ومات أحدهما عنده وجاء بالآخر يرده بالبيع، فاختلفا في قيمة الميت؛ فالقول للبائع هاهنا، والمسألة تجيء في باب التحالف.

والثانية: هي أنه جعل الاختلاف في الحقيقة اختلافًا في الثمن، والاختلاف في الثمن يوجب التحالف.

قلنا: أما الأولى لا يشكل؛ لأنا جعلنا هاهنا القول للمشتري؛ لإنكاره الزيادة، وهناك أيضا للبائع؛ لإنكاره الزيادة أيضًا، فإن المشتري يدعي زيادة

قَالَ: (وَإِذَا أَمَرَ المُسلِمُ نَصرَانِيًّا بِبَيعِ خَمرٍ أَو شِرَائِهَا فَفَعَلَ جَازَ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: لَا يَجُوزُ عَلَى المُسلِمِ)(*) وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ الخِنزِيرُ، وَعَلَى هَذَا تَوكِيلُ المُحرِمِ غَيرَهُ بِبَيعِ صَيدِهِ.

لَهُمَا: أَنَّ المُوَكِّلَ لَا يَلِيهِ فَلَا يُوَلِّيهِ غَيرَهُ؛ وَلِأَنَّ مَا يَثبُتُ لِلوَكِيلِ يَنتَقِلُ إِلَى المُوَكِّلِ، فَصَارَ كَأَنَّهُ بَاشَرَهُ بِنَفسِهِ فَلَا يَجُوزُ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ: أَنَّ العَاقِدَ هُوَ الوَكِيلُ

سقوط الثمن بعد اتفاقهما على وجوبه؛ لنقصان قيمة الهالك، والبائع ينكرها، والقول لمنكر الزيادة، فيكون طردًا لا نقضًا.

وأما الثانية؛ فلأن التخالف ورد على خلاف القياس فيما إذا كان الاختلاف في الثمن قصدًا، وهذا الاختلاف فيه تبعًا؛ لاختلافهما في الرق، والاختلاف في الرق لا يوجب التحالف؛ لأنه ليس بمعقود به ولا معقود عليه، فكذا الاختلاف فيما يثبت تبعًا؛ لأن حكم البيع لا يخالف الأصل.

والفقه فيه: أن الاختلاف في الثمن إنما يوجب التحالف؛ ضرورة أن كل واحد منهما مُدَّعيًا عقدًا آخر، والاختلاف في الرق لا يوجب الاختلاف في البيع لما ذكرنا، فلا يوجب التحالف لذلك.

قوله: (وقالا)؛ أي: أبو يوسف ومحمد **(لا يجوز على المسلم)** وبه قال الشافعي ومالك وأحمد.

قال الإمام التمرتاشي، والمحبوبي: يكره هذا التوكيل عند أبي حنيفة أشد الكراهة، ويؤمر بالتصدق بالثمن؛ لتمكن الخبث فيه، قال عليه السلام: «**إنَّ الذي حَرَّمَ شُربَها حَرَّمَ بيعَها وأَكْلِ ثَمَنِها**»(١).

ولو وكل المسلمُ ذِميًّا بهبة الخمر وتسليمها لا يجوز بالإجماع؛ لأن أحكام عقد الهبة يرجع إلى الموكل، فصار كالرسول. وكذا لو أمر مسلم كافرًا بكتابة عبده لا يصح؛ لرجوع الحقوق إليه.

(هو)؛ أي: الوكيل بأهليته.

فالحاصل في هذا الباب: اعتبار أهلية الوكيل للتصرف المأمور به، واعتبار

(*) الراجح: قول الصاحبين.

(١) أخرجه مسلم (٣/ ١٢٠٦ برقم ١٥٧٩) بدون لفظ: (وأكل ثمنها) من حديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما.

بِأَهلِيَّتِهِ وَوِلَايَتِهِ، وَانتِقَالُ المِلكِ إِلَى الآمِرِ أَمرٌ حُكمِيٌّ فَلَا يَمتَنِعُ بِسَبَبِ الإِسلَامِ كَمَا إِذَا وَرِثَهُمَا، ثُمَّ إن كَانَ خَمرًا يُخَلِّلُهَا وَإِن كَانَ خِنزِيرًا يُسَيِّبُهُ.

أهلية الموكل لحكم ذلك التصرف، وهاهنا كذلك، فيجب ألا يصح؛ لأن الوكيل أصل في نفس هذا التصرف، ولهذا يستغنى عن الإضافة إلى الموكل وترجع الحقوق إليه، والوكيل أهل له، والملك يستند إلى الموكل حكمًا، والملك يثبت فيها إرثًا واستيلاءً، فكذا توكيلًا.

فإن قيل: الوراثة أمر جبري، والتوكيل أمر اختياري، والأمر الحكمي يوافق الجبري لا الاختياري.

قلنا: ثبوت الملك للموكل بعد تصرف الوكيل أمر جبري أيضًا؛ لثبوته بلا اختياره، كما في الموت، وبالاتفاق أن المأذون له إذا كان نصرانيًّا واشترى خمرًا؛ يثبت الملك للمولى فيها، فكذا هاهنا.

فإن قيل: يثبت بين الوكيل والموكل أحكام المبايعة من التحالف، واحتباس المبيع للثمن، والرد بالعيب بسبب الوكالة، فينبغي أن يمنع عن التوكيل الذي يثبت هذه الأحكام؛ لأن المسلم كما هو ممنوع عن حقيقة الشراء؛ ممنوع أيضًا عما هو شبيه بالشراء بمباشرة حكمه؛ ألا ترى أنه يمنع عن قبض الخمر حكما للشراء الموجود حال كفره.

قلنا: هذه الأحكام تثبت مضافة إلى الشراء لا إلى الوكالة، والشراء وجد باختيار الوكيل لا حكما للوكالة، بخلاف القبض؛ لأنه يثبت بفعله واختياره.

وأما قولهما: (إن الموكل لا يليه فغيره لا يوليه)؛ فمنقوض بمسائل:

منها: أن رجلا لو وكل غيره بشراء عبد بعينه، فوكل هذا الوكيل غيره بشراء ذلك؛ يجوز ويثبت الملك للوكيل، ولا يملك هو أن يشتريه لنفسه. ذكره في وكالة المبسوط[1].

ومنها: أن القاضي إذا أمر ذميًّا ببيع خمر وخنزير خلفه ذمّي آخر يصح، والقاضي لا يملك التصرف بنفسه.

ومنها: أن الذمّي إذا أوصى إلى مسلم وقد ترك خمرًا أو خنزيرًا، فإن

---

(١) المبسوط للسَّرَخسِي (١٩/٥٨).

قَالَ: (وَمَن بَاعَ عَبدًا عَلَى أَن يُعتِقَهُ المُشتَرِي أَو يُدَبِّرَهُ أَو يُكَاتِبَهُ أَو أَمَة عَلَى أَن يَستَولِدَهَا فَالبَيعُ فَاسِدٌ)؛ لِأَنَّ هَذَا بَيعٌ وَشَرطٌ وَقَد نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَن بَيعٍ وَشَرطٍ.

ثُمَّ جُملَةُ المَذهَبِ فِيهِ أَن يُقَالَ: كُلُّ شَرط يَقتَضِيهِ العَقدُ كَشَرطِ المِلكِ لِلمُشتَرِي لَا يُفسِدُ العَقدَ لِثُبُوتِهِ بِدُونِ الشَّرطِ، وَكُلُّ شَرطٍ لَا يَقتَضِيهِ العَقدُ وَفِيهِ مَنفَعَةٌ لِأَحَدِ المُتَعَاقِدَينِ ....

الوصي يوكل ذمِّيًّا ببيع خمره وقسمته، وإن كان هو لا يملك بنفسه. هذا كله في الفوائد الظهيرية.

وفي الخبازية: المريض مرض الموت لو باع بما يتغابن في مثله، وعليه ديون مستغرقة؛ لا يجوز، وفي وصية يجوز بعد موته، وكذا لا يتبع الأم عروض الولد، ووصيتها ببيع العروض التي هي من ميراثها، كما إذا ورثهما.

صورة الإرث: أن يسلم النصراني وله خمور وخنازير، ومات قبل تسييب الخنازير وتخليل الخمر، وله وارث مسلم؛ تملكهما؛ لأن الحرمة تنافي التقوم، ولا تنافي المالكية كالخمر.

قوله: (ثم جملة المذهب)؛ أي الجملة الكلية والأصل الثابت لفروع أصحابنا أن يقال: **(كل شرط إلى آخره يقتضيه العقد...)**؛ أي يجب بالعقد من غير [٢/ ١٠١/أ] شرط كشرط الملك للمشتري في المبيع أو شرط تسليم الثمن أو شرط جنس المبيع؛ لاستيفاء الثمن أو شرط انتفاع المشتري وما أشبه ذلك فإن الكل يثبت بمطلق العقد ولا يزيده الشرط إلا تأكيدًا.

(وكل شرط لا يقتضيه العقد) وليس فيه عرف ظاهر، **(وفيه منفعة لأحد المتعاقدين)** فالبيع به فاسد؛ لأنه عَلَيْهِ السَّلَامُ نهى عن بيع وشرط(١)، ولأن الثمن مقابل بجميع المبيع، والشرط زيادة لا يقابلها شيء من العوض؛ فأشبه الربا، ولأنه ذريعة إلى وقوع النزاع لتمكن المطالبة بينهما بهذا الشرط فيعرى العقد عن مقصوده وهو قطع التنازع.

---

(١) أخرجه الطبراني في المعجم الأوسط (٤/ ٣٣٥ رقم ٤٣٦١)، وابن عبد البر في التمهيد (٢٢/ ١٨٥) من حديث عبد الله بن عمرو رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا.
قال ابن حجر: أما حديث النهي عن بيع وشرط ففي إسناده مقال. فتح الباري (٥/ ٣١٥).

أَو لِلمَعقُودِ عَلَيهِ وَهُوَ مِن أَهلِ الِاستِحقَاقِ يُفسِدُهُ، كَشَرطِ أَن لَا يَبِيعَ المُشتَرِي العَبدَ المَبِيعَ؛ لِأَنَّ فِيهِ زِيَادَةً عَارِيَةً عَنِ العِوَضِ فَيُؤَدِّي إِلَى الرِّبَا، أَو لِأَنَّهُ يَقَعُ بِسَبَبِهِ المُنَازَعَةُ فَيَعرَى العَقدُ عَن مَقصُودِهِ، إِلَّا أَن يَكُونَ مُتَعَارَفًا؛ لِأَنَّ العُرفَ قَاضٍ عَلَى القِيَاسِ، وَلَو كَانَ لَا يَقتَضِيهِ العَقدُ وَلَا مَنفَعَةَ فِيهِ لِأَحَدٍ لَا يُفسِدُهُ، وَهُوَ الظَّاهِرُ مِنَ المَذهَبِ، كَشَرطِ أَن لَا يَبِيعَ المُشتَرِي الدَّابَّةَ المَبِيعَةَ، لِأَنَّهُ انعَدَمَت ....

وكذا لو كان فيه (**نفع للمعقود عليه وهو من أهل الاستحقاق**) كما لو اشتراه بشرط ألا يبيعه؛ فإن العبد يعجبه ألا تتداوله الأيدي أو على أن يعتقه أو يدبره، وتمام العقد بالمعقود عليه حتى لو زعم أنه حر كان البيع باطلا فكان اشتراطه منفعته كاشتراط أحد المتعاقدين، وإنما قيد بكونه ليس فيه عرف ظاهر؛ إذ لو كان فيه عرف ظاهر كما لو اشترى نعلا أو شراكين بشرط أن يحذوه البائع فلا يفسد به البيع؛ لأن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي.

وهو قوله ﷺ: «**وَمَا رَآهُ المُؤمِنُونَ حَسَنًا فَهوَ عِندَ الله حَسَنٌ**»[(١)]، أو الإجماع ولأن في النزوع عن العادة الظاهرة حرج بَيِّنٌ، والحرج مرفوع الكل من المبسوط[(٢)].

وهذا معنى قول المصنف: (**والعرف قاض**)؛ أي راجح على القياس لأن فيه إما نص أو إجماع كما ذكرنا.

(**ولا منفعة فيه**)؛ أي في الشرط فيلغو الشرط، ويصح العقد إلا رواية عن أبي يوسف حيث قال: يبطل البيع؛ لأن في هذا الشرط ضرر على المشتري من حيث إنه يتعذر عليه التصرف في ملكه؛ فصار كشرط فيه منفعة لأحد المتعاقدين كذا في المبسوط[(٣)].

واحترز المصنف بقوله: (**وهو الظاهر من المذهب**) بهذه الرواية (**وانعدمت**

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٤/ ١٣٣): غريب مرفوع.
وأخرجه أحمد (١/ ٣٧٩ رقم ٣٦٠٠) بنحوه عن ابن مسعود موقوفا، وحسن سنده ابن حجر في الدراية (٢/ ١٨٧ رقم ٨٦٣).
(٢) أخرجه البخاري (٣/ ٧١ رقم ٢١٥٥)، ومسلم (٢/ ١١٤٢ رقم ١٥٠٤) من حديث عائشة رضي الله عنها.
(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ١٥).

المُطَالَبَةُ فَلَا يُؤَدِّي إِلَى الرِّبَا، وَلَا إِلَى المُنَازَعَةِ.

إِذَا ثَبَتَ هَذَا فَنَقُولُ: إِنَّ هَذِهِ الشُّرُوطَ لَا يَقتَضِيهَا العَقدُ؛ لِأَنَّ قَضِيَّتَهُ الإِطلَاقُ فِي التَّصَرُّفِ وَالتَّخيِيرُ لَا الإِلزَامُ حَتمًا، وَالشَّرطُ يَقتَضِي ذَلِكَ وَفِيهِ مَنفَعَةٌ لِلمَعقُودِ عَلَيهِ، وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ وَإِن كَانَ يُخَالِفُنَا فِي العِتقِ وَيَقِيسُهُ عَلَى بَيعِ العَبدِ نَسَمَةً ....

المطالبة)؛ إذ المطالبة تتوجه بالمنفعة في الشرط دون الضرر، وذكر ما لا منفعة فيه لغو؛ فلم يؤثر في الفساد.

قوله: (والشافعي وإن كان يخالفنا في العتق)؛ أي في قول فإنه ذكر في شرح الوجيز وغيره ـ في بيع الرقيق بشرط العتق ـ: قولان؛ أحدهما لا يَصِحُّ كمذهبنا لإطلاق الحديث. والثاني؛ أنه يَصِحُّ وبه قال مالك وأحمد وأبو حنيفة في رواية الحسن عنه؛ فعلى هذا القول للشافعي في صحة الشرط قولان:

أحدهما؛ أن الشرط باطل والبيع جائز لظاهر قوله عليه السلام: **«ما كانَ مِنَ شَرْطٍ ليسَ في كتابِ اللهِ فهْوَ باطِلٌ»**[1].

والثاني؛ أنه يصح البيع والشرط وهو المنصوص في «الأم» وغيره وهو الأصحّ وبه قال مالك وأحمد في أصح الروايتين عنه لحديث عائشة أنها اشترت بريرة وشرط مواليها أن تعتقها وولاؤها لهم فلم ينكر النبي عليه السلام إلّا ولاءَها لهم.

(ويقيسه) أي الشافعي قال شيخي العلامة صاحب النهاية رحمه الله، وقوله: **(ويقيسه على بيع النسمة)** غير مستقيم فيما ذكره في المبسوط[2] من تفسير الشافعي؛ بيع العبد نسمة حيث قال: من جانب الشافعي لأن الشراء بشرط الإعتاق متعارف بين الناس؛ لأن بيع العبد نسمة متعارف في الوصايا وغيرها. ثم قال: وتفسيره البيع بشرط العتق؛ فحينئذ يلزم قياس الشيء على نفسه وذلك باطل.

وقيل: يمكن أن يجاب عنه بأن يقال: مراد المصنف بالقياس هاهنا؛ الدلالة؛ لأنها عند الشافعي قياس جَلِيٌّ، فإن البيع بشرط العتق عنده ثبت في حقِّ بريرة؛ فألحق بيع غيرها به دلالة.

(والنَّسَمَة) النفس من نسيم الريح، وانتصاب «نسمةً» على الحال على معنى معرّضًا للعتق، وإنما صح هذا؛ لأنه لما كثرت في باب العتق صارت كأنها اسمٌ

---

(١) تقدم تخريجه قريبا.

(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ١٤١).

فَالحُجَّةُ عَلَيهِ مَا ذَكَرنَاهُ، وَتَفسِيرُ المَبِيعِ نَسَمَة، أَن يُبَاعَ مِمَّن يَعلَمُ أَنَّهُ يُعتِقُهُ لَا أَن يَشتَرِطَ فِيهِ، فَلَو أَعتَقَهُ المُشتَرِي بَعدَمَا اشتَرَاهُ بِشَرطِ العِتقِ صَحَّ البَيعُ حَتَّى يَجِبَ عَلَيهِ الثَّمَنُ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَقَالَا: يَبقَى فَاسِدًا حَتَّى يَجِبَ عَلَيهِ القِيمَةُ(*)؛ لِأَنَّ البَيعَ قَد وَقَعَ فَاسِدًا فَلَا يَنقَلِبُ جَائِزًا كَمَا إِذَا تَلِفَ بِوَجهٍ آخَرَ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: أَنَّ شَرطَ العِتقِ مِن حَيثُ ذَاتُهِ لَا يُلَائِمُ العَقدَ عَلَى مَا ذَكَرنَاهُ، وَلَكِن مِن حَيثُ حُكمُه يُلَائِمُهُ؛ لِأَنَّهُ مِنهُ لِلمِلكِ وَالشَّيءُ بِانتِهَائِهِ يَتَقَرَّرُ، وَلِهَذَا لَا يَمنَعُ العِتقُ الرُّجُوعَ بِنُقصَانِ العَيبِ،

لما هو تعرض للعتق فعوملت معاملة الأسماء المتضمنة لمعنى الأفعال كذا في المُغرِب[1].

وتمسك الشافعي بحديث بريرة أيضًا كما بيناه، وبالمعقول فقال: إن العتق في المبيع قبضٌ، حتى إذا أعتق المشتري قبل القبض يصير قابضًا، والقبض من أحكام العقد فكان الإعتاق شرطًا ملائمًا للعقد فلا يفسده.

(والحجة عليه) أي على الشافعي (ما ذكرناه) وهو قوله عليه السلام: «نَهَى عَنْ [بَيْعٍ][2] وَشَرْطٍ» رواه أبو حنيفة[3] عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ، ولأن في هذا الشرط منفعة للمعقود عليه.

وهو من أهل الاستحقاق والعقد لا يقتضيه فيفسده، كما لو شرط ألا يبيعه أو شرط أن تُستَولَدَ الجارية أو يُدَبَّرَ العبد فإن العقد فاسد بالإجماع؛ لما فيه من منفعة المعقود عليه والعقد لا يقتضيه فكذا هذا.

وأما تأويل حديث عائشة؛ أنها اشترت بريرة مطلقًا [٢/ ١٠١/ ب]، ووعدت لها أن تعتقها لما جاءتها تستعينها في المكاتبة؛ لترضى هي بذلك فإن بيع المكاتبة لا يجوز بغير رضاها، ولأنه لم يكن في حديث بريرة شرط العتق فلم يكن حجة.

وأما دعواه أن هذا الشرط يلائم العقد، لا معنى له فإن البيع موجب للملك، والعتق مبطل له فكيف يكون بينهما ملائمة؟، وبيع العبد نسمة لا يكون بشرط العتق؛

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) المغرب (ص: ٤٦٣).

(٢) أخرجه أبو حنيفة في المسند (ص: ١٦٠).

(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

فَإِذَا تَلِفَ مِن وَجه آخَرَ لَم تَتَحَقَّق المُلَاءَمَةُ فَيَتَقَرَّرُ الفَسَادُ، وَإِذَا وُجِدَ العِتقُ تَحَقَّقَت

لأن هذا الشرط يمنع استدامة الملك فيكون فقد ما هو المقصود بالعقد؛ بل يكون ذلك وعدًا من المشتري؛ فيكون البيع مطلقًا كذا في المبسوط[١].

(تلف بوجه آخر) بأن مات أو قتله أو باعه.

وفي المبسوط[٢]: قولهما قياس وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن المقبوض بالعقد الفاسد مضمون بالقيمة عند تعذر رده، ولهذا لو اشترى بشرط التدبير والاستيلاد كانت مضمونة بالقيمة إذا تعذر ردها بأن وفّى بذلك الشرط، وكذلك إذا اشترى بشرط العتق اعتبارًا بحقيقة الحرية بجهة الحرية.

وأبو حنيفة استحسن وقال: **(إن)** هذا **(الشرط لا يلائم العقد)** بنفسه **(ولكن يلائمه بحكمه)**؛ لأن العتق يُنهِي المُلكَ؛ لأن الملك في بني آدم ثابت إلى العتق، كالموت ينهي الملك وإنهاء الشيء تقرره، ولهذا لو اشترى عبدًا فأعتقه، ثم اطلع على عيب يرجع بالنقصان بخلاف ما إذا باعه فكان هذا الشرط بحكمه ملائِمًا للعقد، وبصورته غير ملائم لأن الإنسان لا يجبر على العتق بسبب الملك، وبالشرط يجبر عليه فلا يحكم بفساد العقد به على الثبات.

ولكنه موقوف؛ فإن استهلكه بوجه آخر يتقرر الفساد؛ لوجود صورة الشرط، وإن أعتقه تتقرر صفة الجواز باعتبار الملائمة بحكم العتق، وهو آية إنهاء الملك، ولكن الملائمة إنما تتحقق إذا وقع الأمن[٣] من الزوال من ملك المشتري إلى ملك غيره كما في الإعتاق والموت.

وبهذه التصرفات لا يثبت الأمن؛ لجواز أن يبيع المدبر وأم الولد وينفذ بيعهما بالقضاء، والمكاتب مخير في الإجارة، ويجوز أن يموت العبد قبل موت المولى فلا يتحقق الإنهاء؛ فلا تكون هذه التصرفات ملائمة للعقد من حيث المعنى.

فإن قيل: لمّا انقلب العقد إلى الجواز عند الوفاء بشرط العتق، ينبغي أن يقع هذا الشرط جائزًا في ابتداء العقد أيضًا؛ لِمَا أن تحقيق الشرط الفاسد يوجب تحقيق الفساد، وتحقيق الشرط الجائز يوجب تحقيق الجواز.

قلنا: هذا الشرط ملائم للعقد من وجه دون وجه كما ذكرنا فقلنا: بفساد

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ١٥ ـ ١٦). (٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ١٠٠).
(٣) في الأصل: (الامضى) والمثبت من النسخة الثانية.

الْمُلَاءَمَةُ فَيُرَجَّحُ جَانِبُ الجَوَازِ فَكَانَ الحَالُ قَبلَ ذَلِكَ مَوقُوفًا.

قَالَ: (**وَكَذَلِكَ لَو بَاعَ عَبدًا عَلَى أَن يَستَخدِمَهُ البَائِعُ شَهرًا، أَو دَارًا عَلَى أَن يَسكُنَهَا، أَو عَلَى أَن يُقرِضَهُ المُشتَرِي دِرهَمًا، أَو عَلَى أَن يُهدِيَ لَهُ هَدِيَّة)؛ لِأَنَّهُ شَرطٌ لَا يَقتَضِيهِ العَقدُ، وَفِيهِ مَنفَعَةٌ لِأَحَدِ المُتَعَاقِدَينِ؛ وَلِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَن بَيعٍ وَسَلَفٍ؛ وَلِأَنَّهُ لَو كَانَ الخِدمَةُ وَالسُّكنَى يُقَابِلُهُمَا شَيءٌ مِن الثَّمَنِ يَكُونُ**

العقد من الابتداء، وبالجواز في الانتهاء عملًا بالشبهين، وبالعكس لا يكون عملًا بهما؛ لأنا نجد فاسدًا ينقلب جائزًا بالبيع بالرقم ولا نجد جائزًا ينقلب فاسدًا؛ فكان الوجه الأول أولى كذا في التحفة.

(**ولهذا**)؛ أي ولكن (**العتق منهي للملك**) لا مزيل له كان الملك باق، وتعذر الرد فيرجع بالنقصان؛ فلو كان مزيلًا لما رجع به.

(**فكان الحال**)؛ أي حال هذا العقد (**قبل ذلك**)؛ أي قبل الوفاء بالشرط (**موقوفا**)؛ أي لا نحكم بفساده على الثبات، لكنه موقوف كما ذكرنا من المبسوط.

ولو اشترى أمة بشرط أن يطأها المشتري أو بشرط ألّا يطأها؛ فسد البيع عند أبي حنيفة فيهما؛ لأن العقد لا يقتضيهما؛ لأن قضيته إطلاق الانتفاع لا الحجر والإلزام، وفي الأول إلزام، وفي الثاني حجر.

وعند أبي يوسف؛ يصح في الأول؛ لأن العقد يقتضيه، وفي الثاني يفسد وبه قال الشافعي.

وعن محمد: صح العقد فيهما؛ لأن الثاني لم يقتضه العقد فلا يرجع نفعه إلى أحد؛ فكان هذا شرطًا لا طالب له ولا معتبر كذا في الكافي (**فيه منفعة لأحد المتعاقدين**) ولم يكن فيه عرف ظاهر، ولم يرد الشرع به فيفسد العقد.

قوله: (**أو يهديه هدية**)(١) وفي الكافي؛ أي ثوبًا بشرط أن [يقطعه](٢) البائع، ويخيطه قميصًا أو قباءً.

قوله: (**نهى عن بيعٍ وسلفٍ**) فلا يجوز وبه قال الشافعي.

---

(١) في الأصل: (أو لم يهديه هدية) والمثبت من النسخة الثانية.

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

إِجَارَةٌ فِي بَيعٍ، وَلَو كَانَ لَا يُقَابِلُهُمَا يَكُونُ إِعَارَةً فِي بَيعٍ.

وعن مالك؛ أنه إذا شرط من منافع المبيع يسيرًا كسكنى الدار يومًا صحَّ.

وقال أحمد؛ إن شرط سكنى الدار يوما أو يومين لم يفسد؛ لعدم الإفضاء إلى المنازعة ظاهرًا.

وقال ابن أبي ليلى والنخعي والحسن البصري: البيع جائز، والشرط فاسد وقال حدثني هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة؛ أنها لما أرادت أن تشتري بريرة فأبَى مواليها ألّا أن يكون الولاء لهم؛ فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقال: «**اشْتَرِي واشْتَرِطي؛ فإنّ الوَلاءَ لِمَنْ أعْتَقَ**» ثم خطب النبي عليه السلام فقال: «**مَا بالُ أقْوامٍ يشْتَرِطونَ شُروطًا ليسَتْ في كِتابِ اللهِ، وكُلُّ شرطٍ ليسَ في كتابِ اللهِ فهْوَ باطِلٌ، كتابُ اللهِ أحَقُّ، وشَرطُ اللهِ أوْثَقُ الوَلاءُ لِمَنْ أعتَقَ**»(١) ثم خطب.

عن ابن شبرمة: البيع صحيح والشرط صحيح وإليه ذهب الأوزاعي وأحمد في بيع الدار [٢/ ١٠٢/أ] بشرط سكناها وبيع دابة بشرط ظهرها؛ لما روي عن جابر بن عبد الله أنه عليه السلام اشترى منه ناقة في بعض الغزوات، وشرط جابر أن يكون ظهرها له إلى المدينة.

عن عبد الوارث بن سعيد قال: حججت [وأصيت](٢) بمكة ثلاثة من فقهاء الكوفة؛ فسألت أبا حنيفة عن بيعٍ وشرطٍ. فقال: البيع جائز والشرط، وسألت ابنَ شِبرمةَ فقال: البيع جائز والشرط، وسألت ابنَ أبي ليلى فقال: البيع جائز والشرط باطل؛ فسألت كل واحد عن حجته فتمسك بما ذكرنا.

وما استدل به أبو حنيفة حديث مشهور، ومطلق النهي يوجب فساد المنهي عنه، ولأن ما رواه مُحرَّمٌ والمحرمُ راجح.

وأما حديث هشام فقال: قال أبو يوسف: أوهم هشام ما قال الرسول: «**اشْتَرِطي الوَلاءَ لَهُمْ**»(٣)؛ لأن هذا أمر بالمعروف ولا يظن بالنبي عليه السلام ذلك.

[وفي شرح](٤) وجيزهم: تفرد به هشام ولم تتابعه سائر الرواة؛ فيحمل

---

(١) تقدم تخريجه قريبا.

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٣) تقدم تخريجه قريبا.

(٤) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

«وَقَد نَهَى النَّبِيُّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَن صَفقَتَينِ فِي صَفقَة»(*) قَالَ: (وَمَن بَاعَ عَينًا عَلَى أَن لَا يُسَلِّمَهُ إِلَى رَأسِ الشَّهرِ فَالبَيعُ فَاسِدٌ)؛ لِأَنَّ الأَجَلَ فِي المَبِيعِ العَينِ بَاطِلٌ فَيَكُونُ شَرطًا فَاسِدًا، وَهَذَا؛ لِأَنَّ الأَجَلَ شُرِعَ تَرفِيهًا فَيَلِيقُ بِالدُّيُونِ دُونَ الأَعيَانِ.

على وَهْم وقعَ له، ولو صح؛ فتأويل «**اشتَرِطي الولاءَ عَليهِمْ** **واللام تذكر بمعنى على قال تعالى**: ﴿أُوْلَٰٓئِكَ لَهُمُ ٱللَّعۡنَةُ﴾ [الرعد:٢٥] بمعنى عليهم، أو معناه أعلمهم أمر الولاء فالاشتراط في اللغة: الإعلام. ومنه أشراط الساعة.

وتأويل حديث جابر: أن ذلك لم يكن شرطًا في البيع؛ بل يكون ذلك من الوعد وحسن العشرة والصحبة في السفر؛ بدليل قصة الحديث؛ فإن جابرًا قال: كانت لي ناقة ثقال فنزل النبي ﷺ عن ناقته فدعا بماء ورشه في وجه ناقتي ثم قال: «**اركبها**» فركبتها فجعلت تسبق كل ناقة... الحديث إلى أن قال: «**أتَبيعَنِي ناقَتَكَ بأربَعِمائةِ دِرهَم**» فقلت: هي لك يا رسول الله ولكن هي لي بالحمل إلى المدينة فقال: «**لكَ ظَهرُها إلَى المَدينةِ**» فلما قدمت المدينة جئتُ بالناقة إلى باب المسجد ودخلته فقال ﷺ: «**أينَ الناقةُ؟**» فقلت: بالباب فقال ﷺ: «**جِئتَ تطلُبُ الثّمنَ**» فسكت فأمر بلالًا فأعطانيه فقال ﷺ: «**خُذهُ معَ النّاقةِ باركَ اللهُ لكَ فيهِما**» وبهذا تبين أنه لم يكن بينهما بيع بشرط كذا في المبسوط(١).

قوله: (لا يصح التأجيل في المبيع العين) وبه قال الشافعي، وكذا في الثمن المعين عنده لا يصح تأجيله؛ لعدم الفائدة، وقيد المبيع به احترازًا عن السَّلَمِ؛ فإنه مبيع دين، ويصح الأجل فيه بالنص.

(**شرع**)؛ أي الأجل (**ترفيهًا**) أي تيسيرًا (**فيليق بالديون**)، وذلك أن الدين غير حاصل فكان الأجل فيه اتساع المدة التي يتمكن المشتري من تحصيله فيها بالكسب، أما (**العين**) فحاصل فلا حاجة فيها؛ أي ذكر الأجل للترفيه، ولأنه لا منفعة في اشتراط الأجل في العين؛ لأن يد بائعه لا تنبسط بالتصرف فيه بعد أن

(*) أخرجه أحمد (١/ ٣٩٨ رقم ٣٧٨٣) من حديث ابن مسعود ﷺ، قال الهيثمي في مجمع الزوائد (٤/ ٨٤ ـ ٨٥ رقم ٦٣٨٢): رجال أحمد ثقات.

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ١٤).

قَالَ: (**وَمَن اشتَرَى جَارِيَة إلَّا حَمْلَهَا فَالبَيعُ فَاسِدٌ**) وَالأَصلُ: أَنَّ مَا لَا يَصِحُّ إفرَادُهُ بِالعَقدِ لَا يَصِحُّ استِثنَاؤُهُ مِن العَقدِ، وَالحَملُ مِن هَذَا القَبِيلِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّهُ بِمَنزِلَةِ أَطرَافِ الحَيَوَانِ لِاتِّصَالِهِ بِهِ خِلقَةً، وَبَيعُ الأَصلِ يَتَنَاوَلُهُمَا فَالِاستِثنَاءُ يَكُونُ عَلَى خِلَافِ المُوجِبِ ....

صار مملوكًا لغيره بالعقد، والشرط ضرر على المشتري من حيث قصور يده عنه؛ فلا يجوز لعدم المنفعة للبائع، ووجود الضرر للمشتري.

(**ما لا يصح إفراده بالعقد**) كعضو الحيوان وحمله (**لا يصح استثناؤه**) وبه قال الإمام الشافعي في الأصح. وقال ـ في وجه ـ : يصح بيع الأم كما [لو][1] باع الشجرة واستثنى الثمر قبل بُدُوِّ صلاحها.

وفي الإيضاح: وما جاز انفراده بالعقد جاز انفراده بالجزء الشائع؛ لأن الاستثناء إخراج بعض الكلام من الحكم فجاز في كل ما يمكن إثبات الحكم فيه مقصودًا، والاستثناء إنما يعمل فيما عمل فيه الصدر، وقد بيناه في استثناء أرطالٍ معلومةٍ.

(**والحمل من هذا القبيل**) فإن الجنين ما دام متصلا فهو في حكم جزء منها، كاليد والرِّجل ألا ترى أنه يقطع عنها بالمقراض، وأجزاء الحيوان لا تقبل العقد مقصودًا فلا يكون مقصودًا بالاستثناء، وهذا لأن الجنين في البطن مجهول لا يدرى أذكر أم أنثى، واحد أم مُثَنَّى؟.

وكذا لو وقع البيع على بَزٍّ أو أغنامٍ أو نخيلٍ، واشترط أن يرد المشتري إحداهن بغير عينها فالبيع فاسد؛ لأن المستثنى مجهول، وبه يصير المستثنى [منه][2] مجهول أيضًا، هذه جهالة تفضي إلى المنازعة؛ لأنها متفاوتة في المالية فيفسد البيع كذا في المبسوط[3].

(**يتناولهما**)؛ أي الأصل والظرف، وفي بعض النسخ: (**يتناوله**)؛ أي الحمل (**على خلاف الموجب**)؛ أي موجب العقد؛ لأن العقد يوجب أن يكون

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية. (٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ١٩).

فَلَا يَصِحُّ فَيَصِيرُ شَرطًا فَاسِدًا، وَالبَيعُ يَبطُلُ بِهِ، وَالكِتَابَةُ وَالإِجَارَةُ وَالرَّهنُ بِمَنزِلَةِ البَيعِ؛ لِأَنَّهَا تَبطُلُ بالشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ، غَيرَ أَنَّ المُفسِدَ فِي الكِتَابَةِ مَا يَتَمَكَّنُ فِي صُلبِ العَقدِ مِنهَا، وَالهِبَةُ وَالصَّدَقَةُ وَالنِّكَاحُ وَالخُلعُ وَالصُّلحُ عَن دَمِ العَمدِ لَا تَبطُلُ بِاستِثنَاءِ الحَملِ، بَل يَبطُلُ الِاستِثنَاءُ؛ لِأَنَّ هَذِهِ العُقُودَ لَا تُبطِلُ الشُّرُوطَ الفَاسِدَةَ،

مقصودًا (**فلم يصح**)؛ أي الاستثناء (**فيصير**)؛ أي الاستثناء (**شرطًا فاسدًا**) وفيه نفعٌ للبائع، (**والبيع يبطل**) بالشرط الفاسد بمنزلة البيع، من حيث إنها معاوضة غير أن المفسد في الكتابة شرط تمكن (**في صلب العقد**)، وهو ما يقوم به العقد، فلو كاتب المسلم عبده على خمر أو خنزير أو على قيمته؛ فالكتابة فاسدة لتمكن الشرط المفسد في صلب العقد.

قيد الفساد في الصلب حتى لو ثبت الفساد في علقة من علائقه، لا يفسد بأنه كاتبه بألف إلى الحصاد، [٢/ ١٠٢/ب] أو الدياس أو القطاف، أو كاتبه على أن يستخدمه، أو كاتبه على (**ألّا يخرج من الكوفة**)؛ لأن هذا الشرط يخالف مقتضى العقد، وهو مالكية اليد على جهة الاستبداد؛ فبطل الشرط، وصح العقد؛ لأنه لم يتمكن في صلب العقد.

وإنما قلنا: إن الكتابة إنما تفسد إذا وجد المفسد في الصلب، ولا يفسد إذا كان عارضًا؛ لأن الكتابة تشبه البيع؛ أي انتهاء من حيث إنه مال في حق المولى فيكون معاوضة، وتشبه الإعتاق والنكاح من حيث إنه ليس بمال في حق نفسه.

والبيع يبطل بالشرط مطلقًا سواء كان في صلبه أو غيره فعملنا بالشبهين، فإذا وجد المفسد في صلبه يفسد لشبهها البيع، وإذا وجد في غيره لا يفسد لشبهها الإعتاق والنكاح ولا يمكن العمل بالعكس، ويعرف بالتأمل، إليه أشير في المبسوط[1] والكافي.

(**لا تبطل باستثناء الحمل**)؛ يعني لو قال: وهبتها إلّا حملها أو بصدقتها عليك إلا حملها. (**لا تبطل بالشروط الفاسدة**)؛ لأن الفساد به باعتبار إفضائه إلى الربا، وإذن يتحقق في المعاوضات دون التبرعات والإسقاطات، والهبة وإن

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ٢١١).

وَكَذَا الوَصِيَّةُ لَا تَبطُلُ بِهِ، لَكِن يَصِحُّ الِاستِثنَاءُ حَتَّى يَكُونَ الحَملُ مِيرَاثًا وَالجَارِيَةُ وَصِيَّة؛ لِأَنَّ الوَصِيَّةَ أُختُ المِيرَاثِ، وَالمِيرَاثَ يَجرِي فِيمَا فِي البَطنِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا استَثنَى خِدمَتَهَا؛ لِأَنَّ المِيرَاثَ لَا يَجرِي فِيهَا.

قَالَ: (وَمَن اشتَرَى ثَوبًا عَلَى أَن يَقطَعَهُ البَائِعُ وَيَخِيطَهُ قَمِيصًا أَو قَبَاءً، فَالبَيعُ

كانت من قبيل التمليكات، إلا أنا عرفنا بالنص أن الشرط الفاسد لا يفسدها، وهو أنه ﷺ أجاز العُمرَى، وأبطل شرط المعمر حتى تصير العُمرَى لورثته؛ أي الموهوب له لا لورثة المُعمِّر إذا شرط عوده، **(بخلاف ما إذا استثنى خدمتها)** يعني أوصى بجارية إلّا خدمتها حيث يصح الاستثناء.

(لأن الميراث لا يجري فيه)؛ أي في الخدمة على تأويل المذكور، وصورَتُهُ؛ ما إذا أوصى بخدمة العبد ثم مات الموصى له، ولم يكن لورثة الموصى له الاستخدام، وهذا لأن الوراثة خلافة والخلافة فيما كان ملكًا للمورث وهذا لا يتصور إلا فيما يبقى وقتين؛ فأما الوصية إيجاب الملك بالعقد بمنزلة الإجارة والإعارة كذا في المبسوط[1].

فإن قيل: يشكل هذا على النكتة الأولى، وهو أن ما يصح إفراده بالعقد يصح استثناؤه، والخدمة يصح العقد فيها بأن أوصى بالخدمة؛ فينبغي أن يصح استثناؤها.

قلنا: الأصلُ مُطَّرِدٌ، إلا أنه لا يجوز استثناء الخدمة؛ باعتبار أن الاستثناء تصرف في اللفظ، ولفظ الجارية لا يتناول الخدمة فلم يصح الاستثناء، ولأنه لا يسلم أن الوصية عقد.

ألا ترى أنه يصح قبول الموصى له بعد موت الموصي، والعقد بعد الموت لا يصح؛ فلا يتناول لفظ العقد الوصية مطلقًا فلا يكون عقدًا فلا يرد نقضًا، ولأنا لو قلنا بصحة الاستثناء يلزمه أن يرد الخدمة إلى ورثة الموصي، والإرث فيها لا يجري في الإعتاق دون المنافع؛ فلم يصح الاستثناء.

قوله: (ومن اشترى ثوبًا...) إلى آخره لا خلاف للأئمة الأربعة فيه،

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٥/ ١١٤).

فَاسِدٌ)؛ لِأَنَّهُ شَرطٌ لَا يَقتَضِيهِ العَقدُ وَفِيهِ مَنفَعَةٌ لِأَحَدِ المُتَعَاقِدَينِ؛ وَلِأَنَّهُ يَصِيرُ صَفقَة فِي صَفقَة عَلَى مَا مَرَّ (وَمَن اشتَرَى نَعلًا عَلَى أَن يَحْذُوَهُ البَائِعُ أَو يُشَرِّكَهُ فَالبَيعُ فَاسِدٌ) قَالَ ﷺ: مَا ذَكَرَهُ جَوَابُ القِيَاسِ، وَوَجهُهُ مَا بَيَّنَّا، وَفِي الِاستِحسَانِ: يَجُوزُ لِلتَّعَامُلِ فِيهِ فَصَارَ كَصَبغِ الثَّوبِ، وَلِلتَّعَامُلِ جَوَّزنَا الِاستِصنَاعَ.

وقوله: (على ما مر) إشارة إلى **قوله**: **(لو كان للخدمة والسكنى لا يقابلهما شيء...)** إلى آخره.

قوله: **(ومن اشترى نعلًا)**، أراد بالنعل الصرم تسمية الشيء باسم ما يؤول إليه.

(يحذوها)؛ أي يجعلها مساويًا للآخر **(أو يشركه)**، والتشريك مثله.

(ما ذكره)؛ أي القدوري **(جواب القياس)**، وهو قول زفر وبه قال الشافعي في الأصح. **(ووجهه)**؛ أي وجه القياس **(ما بيناه)**، وهو أنه شرط لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين للتعليل يعني فيه عادة وفي النزوع عن العادة حرجٌ بَيِّنٌ، والتعامل راجح على القياس؛ لأنه إجماع عملي صار كصبغ الثوب، يعني لو استأجر صباغًا لصبغ ثوبه؛ ففي القياس لا يجوز؛ لأنه عقد على استهلاك العين وهو الصبغ.

والإجارة؛ بيع المنافع لا بيع العين، وفي صبغه يلزم بيع العين، لا المنفعة المجردة، وكذا ترك القياس في استئجار الحمام والطير؛ لأن فيهما استهلاك الماء واللبن.

وفي الفوائد: المستحق بالإجارة فعل الصبغ، والحضانة في استئجار الصباغ والظئر واللبن آلة فعلهما، كما يجيء في الإجارات، وكذا في الاستصناع ترك القياس وهو أنه بيع المعدوم لا يجوز.

ومن أنواع التعامل ما ذكره في شرح الطحاوي؛ ما لو اشترى صرما على أن يحوز البائع خفًّا أو قلنسوةً، يشترط أن يبطن له البائع من عنده جاز البيع بهذا الشرط للتعامل.

وفي المبسوط[1]: اشترى شاة بشرط أنها حامل فالعقد فاسد، وبه قال

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ١٩).

....

الشافعي في قول، وقال في الأصح: يصح وهو رواية الحسن، وقال بعض أصحابه القولان في غير الآدمي، أما في الجواري يصح قولًا واحدًا وهو قولنا.

ذكر هشام عن محمد: اشترى جارية على أنها حامل، يجوز البيع إلا أن يظهر أن المشتري يريدها للظؤورة؛ فحينئذ يفسد.

وعن الهندواني: لو شرط الحبَلَ من البائع لا يفسد؛ لأن البائع يذكره [٢/ ١٠٣/أ] على بيان العيب عادة، ولو وجد من المشتري يفسد؛ لأنه ذكره على وجه اشتراط الزيادة، ولو اشترى سِمْسِمًا أو زيتونا أو حنطة على أن فيهما كذا دهنًا أو يطحن منها، كذا محترم دقيق يفسد البيع وبه قال الشافعي.

ولو اشترى شاة وشرط أنها حلوب أو لبون لم يذكر محمد وقال الكرخي: يفسد. وقال الطحاوي: لا يفسد وبه قال الشافعي؛ لأنه شرط مرغوب، وقد مر قبيل باب خيار الرؤية.

وفي المحيط: الشروط على وجوه: ما يقتضيه العقد وبه لا يفسد.

والثاني: ما لا يقتضيه لكن يلائمه، ويؤكد موجب العقد كشرط أن يرهن بالثمن، أو يكفل فلان به وهو حاضر فقبِله أو حضر قبل افتراقهما وقبِله، وشرط الحوالة كالكفالة فلا يفسد أيضًا وبه قال الشافعي.

والثالث: ما لا يلائم العقد، ولكن ورد الشرع بجوازه كالخيار والأجل، أو متعارف كثيرًا، النعل بشرط الحذو والتشريك فلا يفسد أيضًا.

والرابع: ما لا يقتضيه ولا يلائمه ولم يرد الشرع بجوازه، ولم يكن فيه عرف، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين؛ كالبيع بشرط أن يهبه أو يقرضه كذا أو يهب أو يقرض البائع للمشتري، أو فيه منفعة للمعقود عليه وهو من أهل الاستحقاق كالآدمي؛ كالبيع بشرط العتق والتدبير والكتابة فيفسد البيع به.

والخامس: ما يكون فيه منفعة، لكنه ليس من أهل الاستحقاق كثيرًا الحيوان بشرط ألا يبيعه أو لا يهبه أو لا يعلفه كذا، أو يُسَيِّبها في المرعى فلا يفسد به البيع.

والسادس: أن تكون المنفعة في الشرط لغير العاقدين، كالبيع بشرط أن يقرض فلانًا كذا؛ ففيه اختلاف المشايخ.

....

قال محمد: كل شيء يشترط على البائع يفسد به البيع؛ فلو شرط على أجنبي فهو باطل، وكل شيء يشترط عليه لا يفسد به البيع؛ فإذا شرط على أجنبي فهو جائز، وهو بالخيار كالبيع بالمائة على أن يحط فلانٌ الأجنبيُّ عشرةً جاز البيع، ويخير المشتري إن شاء أخذ بمائة وإن شاء ترك.

وعن أبي يوسف: لو اشترى على أن يهب البائع للمشتري أو لفلان الأجنبي دينارًا من الثمن فالبيع فاسد. وفي المنتقى لو اشترى على أن يهب له دينارًا من الثمن جاز.

والسابع: ما لا يكون منفعة لأحدهما ولا للمعقود عليه، ولكن فيه مضرة لأحدهما كبيع الثوب بشرط ألا يبيعه ولا يهبه؛ جاز عندهما خلافا لأبي يوسف، وهو رواية عن أبي حنيفة.

والثامن: ما لا منفعة فيه ولا مضرّة؛ كبيع الطعام بشرط الأكل أو الثوب بشرط اللبس فالبيع جائز.

وعن أبي يوسف: [لو اشترى][1] جارية بشرط ألّا يستخدمها أو طعامًا بشرط ألّا يأكله فسد البيع، وبشرط أن يعطي الثمن من ماله فلان مختلف، ولو باع صبرة إلّا صاعًا منها يبطل البيع، خلافا لأبي يوسف. وفي النُّتَفِ: يفسد.

ولو باعها بمائة على أن عشرها لي فللمشتري تسعة أعشارها، بتسعة أعشار الثمن، ولو قال: إلّا عشرها فله تسعة أعشارها بجميع الثمن.

وعن محمد؛ بجميع الثمن فيهما، ولو باع دارًا على أن له طريقًا من هذا الموضع إلى باب الدار، ووصف له طوله وعرضه لا يصح. ولو قال: إلّا طريقًا والمسألة بحالها ووصف طوله وعرضه يصح؛ لأنه باع ما عدا الطريق بجميع الثمن، ولو قال إلّا طريقًا إلى داري الداخلة جاز.

باع رقبة الطريق على أن له حق المرور، أو السفل على أن له حق قرار العلو جاز.

ولو باع عبدين على أنه شريك المشتري في نصف هذا فَسَدَ، ولو قال: في نصفها جاز كما لو باع هذا الثوب، وقال أنا شريكك في نصفه، ولو قال: هذا

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

....

الغلام بألف إلّا نصفه بستمائة فقد باع نصفه بأربعمائة، ولو باعه بألف أو بمائة دينار إلّا درهمًا أو إلّا ثوبًا أو إلّا كُرَّ حنطةٍ أو هذه إلّا واحدةً لم يجز، ولو كانت بعينها جاز.

وعن أبي يوسف لو قال: أبيعك هذه المائة شاة بمائة على أن هذه لي أو ولي بعده فسد، ولو قال: إلا هذه كان ما بقي بمائة، ولو قال: ولي نصفها كان النصف بخمسين.

وعن محمد؛ بعتُكَهُ بألفٍ إلّا نصفَه بخمسِمِائةٍ جاز في كله بألف وخمسمائة. ولو قال: على أن لي نصفه بثلاثمائة أو بستمائة أو بمائة دينار فسد؛ لإدخال صفقة في صفقة.

باع قرية يستثنى منها؛ المساجد والطرق والفارقين وسور القرية؛ لأن السور بقي على أصل الإباحة عند القسمة؛ فلا يدخل تحت البيع.

وكل شرط في العقد يفسد؛ فكذا إذا شرط بعد العقد يفسد عند أبي حنيفة خلافًا لهما.

وقال الشافعي: ما داما في المجلس يفسد وإلّا لَا، ولو كان من بينهما الشرط [٢/١٠٣/ب] الفاسد، وقد تواضعا قبله لم يؤثر عند أبي حنيفة، ويفسد البيع عندهما.

ولو أخذ مديونه وسأله بيع داره؛ فشرط إن هو باعها منه، أقاله فيها إن قضاه دينه ورضي به مشتريه، ثم أطلقا البيع خاليًا عن الشرط؛ فالبيع صحيح، ولو باع من مديونه ثم قال: إن قضيتني فأفسخك البيع؛ لأن هذا شرطًا فاسدًا فلا يفسد به البيع.

اشتراه على ألا يدفعه إليه قبل دفع الثمن، أو على شرط أن يدفع الثمن في بلد آخر يفسد البيع؛ لأن التأجيل في المبيع العين يفسده كما ذكرنا، ولذلك لا يجوز توقيت البيع؛ سواء كان الأجل معلومًا أو مجهولًا، لا لكونه على خلاف موجبه الذي هو التأبيد؛ فتعين ما قلنا، كذا في الإيضاح وشرح الطحاوي، وفيهما لو كان الثمن عينًا؛ فضرب فيه الأجل فسد البيع؛ سواء كان الأجل معلومًا أو مجهولًا كالمبيع، وبه قال الشافعي كما ذكرنا.

قَالَ: (وَالبَيعُ إِلَى النَّيرُوزِ وَالمِهرَجَانِ وَصَومِ النَّصَارَى وَفِطرِ اليَهُودِ إِذَا لَم يَعرِفِ المُتَبَايِعَانِ ذَلِكَ فَاسِدٌ) لِجَهَالَةِ الأَجَلِ وَهِيَ مُفضِيَةٌ إِلَى المُنَازَعَةِ فِي البَيعِ لِابتِنَائِهَا عَلَى المُمَاكَسَةِ، إِلَّا إِذَا كَانَا يَعرِفَانِهِ لِكَونِهِ مَعلُومًا عِندَهُمَا، أَو كَانَ التَّأجِيلُ إِلَى فِطرِ النَّصَارَى بَعدَمَا شَرَعُوا فِي صَومِهِم؛ لِأَنَّ مُدَّةَ صَومِهِم ....

النيروز؛ أصله النوروز، لكن لما لم يكن في أوزان العرب فوعول أبدلوا الواو ياء، وقد تكلم عمر رضي الله عنه به حين كان الكفار يبتهجون باليوم الذي يسمونه نوروزًا فقال: كل يوم لنا نوروز، وهو يوم في طرف الربيع[١].

والمهرجان؛ تعريب مهركان، وهو يوم في طرف الخريف كذا في الفوائد الشاهية.

فإن قيل: لم خصَّ الصوم بالنصارى والفطر باليهود؟.

قلنا: يحتمل أن يكون مبدأ صوم اليهود معلومًا دون صومهم، ألا ترى أنه قال: (**وكان التأجيل إلى فطر النصارى بعدما شرعوا في صومهم**) صح.

ثم اعلم أن التأجيل في[٢] الدَّين يجوز بلا خلاف، ولا تجوز المطالبة قبل حلول الأجل بالنص، وهو قوله ﴿إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ﴾ [البقرة:٢٨٢] الآية.

وقوله عليه السلام ـ لعبد الله بن عمرو بن العاص حين أمره أن يجهز جيشا ـ : «**اِبْتَعْ ظَهرًا إِلَى خُروجِ المُصَدِّقِ**» فابتاع البعير بالبعيرين[٣]، وكذا في كل دين لزم بأي وجه لزم.

أما لو كان الأجل مجهولًا مثل أن يقول: بعتك إلى مدة أو إلى قدوم زيد أو إلى مجيء المطر؛ فالعقد باطل بالإجماع، ولو كان الأجل معلومًا فالعقد صحيح بالإجماع، ولا خلاف لأحد فيه كذا في كتبنا وكتب أصحاب الشافعي.

(**لابتنائها**)؛ أي لابتناء الصفقة أو المبايعة أو المنازعة (**على المماكسة**)، والمماكسة موجودة في البيع فكانت المنازعة موجودة فيه؛ لوجود موجبها.

---

(١) في الأصل: (البيع) والمثبت من النسخة الثانية.

(٢) بعدها في الأصل: (الثمن الدين)، والسياق بدونها أفضل.

(٣) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٥٠ رقم ٣٣٥٧) وصححه الحاكم (٢/ ٦٥ رقم ٢٣٤٠) على شرط مسلم وأقره الذهبي.

مَعلُومَةٌ بِالأَيَّامِ فَلَا جَهَالَةَ فِيهِ.

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ البَيعُ إِلَى قُدُومِ الحَاجِّ)، وَكَذَلِكَ إِلَى الحَصَادِ وَالدِّيَاسِ وَالقِطَافِ وَالجِزَازِ؛ لِأَنَّهَا تَتَقَدَّمُ وَتَتَأَخَّرُ، وَلَو كَفَلَ إِلَى هَذِهِ الأَوقَاتِ جَازَ؛ لِأَنَّ

المكس في البيع؛ استنقاص الثمن، والمماكسة والمكاس في معناه كذا في المُغرِب[١].

(**إلا إذا كانا**)؛ أي البائع والمشتري (**يعرفانه**) بأن تصادقا بعرفان ذلك.

في المبسوط[٢] أن هذه الآجال ليست من آجال المسلمين؛ فإنهم لا يعرفون وقت ذلك عادة، حتى لو كانت معلومة عندهما جاز البيع بمنزلة الأهِلّة؛ لأن الشرط إعلام الأجل بينهما، وكذلك لا يعرف المسلمون وقت صوم النصارى؛ فإنه قد يتقدم وقد يتأخر، وكذلك إلى فطرهم أو فطر اليهود وكذلك إلى الميلاد.

قيل: المراد من الميلاد نتاج البهائم، وذلك قد يتقدم وقد يتأخر.

وقيل: وقت ولادة عيسى ﵇، وذلك غير معلوم عند المسلمين بالأيام.

(**معلومة**) وهي خمسون يومًا.

(**الحصاد**) ـ بفتح الحاء وكسرها ـ؛ قطع الزرع، (**والدِّياس**)؛ أصله من الدّوس؛ فصار الواو ياء لانكسار ما قبلها، والدوس؛ شدة وطء الشيء بالقدم، وفي الطعام أن يوطأ بقوائم الدواب.

(**والقطاف**)؛ قطع العنب بالفتح والقطف بالكسر العنقود قال تعالى: ﴿قُطُوفُهَا دَانِيَةٌ ﴿٢٣﴾﴾ [الحاقة: ٢٣]، والعطاء والقطاف ـ بالفتح ـ: وقت القطع.

(**والجَزّ**): القطع يقال؛ جز الصوف، والنخل والزرع والجزاز وفيه الكل من الصحاح[٣]، والمراد هنا وقت جزاز النخل وفيه؛ فهذا كله فاسد بلغنا نحو ذلك عن ابن عباس؛ فإن عائشة تجيز البيع إلى العطاء وابن عباس يفسده، وأخذ ابن أبي ليلى بقول عائشة فقال: البيع جائز، والمال في الحال لازم؛ لأن العقد لم يكن صالحًا للأجل الذي ذكرناه.

---

(١) المغرب للمطرزي (ص: ٤٤٤). (٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ٢٨).
(٣) الصحاح للجوهري (٣/ ٨٦٨).

الجَهَالَةَ اليَسِيرَةَ مُتَحَمَّلَةٌ فِي الكَفَالَةِ وَهَذِهِ الجَهَالَةُ يَسِيرَةٌ ....

فأما عائشة كانت تقول: وقت خروج العطاء معلوم بالعرف لا يتأخر الخروج عنه إلّا نادرًا؛ فكان هذا بيعا بأجل معلوم، وذلك أن في عصرها الخلفاء الراشدين وكانوا لا يخلفون الميعاد في العطاء فلم يتغير الوقت فكان الأجل معلومًا.

وفي زماننا بخلافه فصار مجهولًا وأخذنا بقول ابن عباس؛ لأن العطاء فعل العباد قد يتقدم وقد يتأخر بحسب ما يبدو لهم، والآجال بالأوقات دون الأفعال، قال تعالى: ﴿هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ﴾ [البقرة: ١٨٩].

والشرط؛ إعلام الأجل في البيع ببدل مؤجل كما قال ﷺ: «**إِلَى أَجَلٍ مَعلوم**»[١] وإعلام الأجل يكون بما لا يتقدم ولا يتأخر من الأيام والشهور؛ فأما ما يتقدّم وما يتأخر من أفعال العباد يكون [٢/ ١٠٤/أ] مجهولًا، وكذا الحصاد قد يتقدم، وقد يتأخر بتعجيل الحَرِّ وبطء البرد، وكذلك الجزاز والدياس، وقدوم الحاج فعل العباد، قد يتقدم وقد يتأخر.

قوله: (متحملة في الكفالة)؛ لأن مبناها على التسامح والتساهل لكونها عقد تبرع، ومعنى البيع على المماكسة والمضايقة؛ فتحملت الجهالة اليسيرة في الكفالة دون البيع، ولأن الكفالة تشبه النذر ابتداء من حيث إنها إلزام محض من غير أن يقابله شيء، وفي النذر تتحمل الجهالة وإن فحشت.

وتشبه المعاوضة انتهاء؛ باعتبار الرجوع إلى المكفول عنه، ولا تتحمل الجهالة في المعاوضات، وإن قلت: فقلنا: تتحمل الجهالة اليسيرة دون الفاحشة عملًا بالشبهين، وفي العكس لا يكون عملًا بهما، كذا في الفوائد الشاهية.

وإنما ذكر الكفالة للفرق؛ يعني أن الكفالة بمنزلة التأجيل من حيث إن كل واحد تبرع؛ فينبغي أن لا تجوز الكفالة إلى هذه الأوقات أو يجوز التأجيل إليها.

فإن قيل: كون **(الجهالة اليسيرة)** متحمّلة في موضع لا يدل على أن يكون

---

(١) جزء من حديث أخرجه (٣/ ٨٥ رقم ٢٢٤٠) ومسلم (٣/ ١٢٢٦ رقم ١٦٠٤) من حديث ابن عباس رضي الله عنه.

مُستَدرَكَةٌ لِاختِلَافِ الصَّحَابَةِ ﷺ فِيهَا وَلِأَنَّهُ مَعلُومُ الأَصلِ؛ أَلَا يُرَى أَنَّهَا تَحتَمِلُ الجَهَالَةَ فِي أَصلِ الدَّينِ بِأَن تُكفَلُ بِمَا ذَابَ عَلَى فُلَان فَفِي الوَصفِ أَولَى، بِخِلَافِ البَيعِ، فَإِنَّهُ لَا يَحتَمِلُهَا فِي أَصلِ الثَّمَنِ، فَكَذَا فِي وَصفِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ مُطلَقًا

التأجيل إلى هذه الأوقات المجهولة متحمَّلًا لها.ألا ترى أن الصداق يتحمل الجهالة في الوصف ومع هذا لا يصح تأجيله بهذه الآجال.

وهذا إشكال ذكره شمس الأئمة السرخسي[1]، ثم أجاب عنه فقال في جوابه: هذا الفصل غير محفوظ في الكتب، وبين مشايخنا فيه اختلاف، والأصح أنه تثبت هذه الآجال في المهر؛ لأن اشتراط هذه الآجال لا يؤثر في أصل النكاح، بخلاف البيع فيبقى هذا أجلًا في الدين المستحق، وجه غير الأصح أن المعقود عليه في النكاح، وهي المرأة لا تحتمل الجهالة كما في البيع؛ فكذا الأجل في البدل المشروط فيه بخلاف الكفالة، كذا في الفوائد الظهيرية.

(**مستدركة**)؛ أي قابلة للتدارك في الكفالة بإزالتها (**لاختلاف الصحابة فيها**)؛ أي في هذه الآجال هل هي مانعة لجواز البيع، كما ذكرنا من قول عائشة بجوازه، وقول ابن عباس بعدم جوازه؟ يعني اختلافهم في جواز التأجيل إلى هذه الآجال، دليل على أن (**الجهالة يسيرة**)، واليسيرة متحملة في الكفالة مانعة للبيع.

(**ألا ترى أنها**)؛ أي الكفالة (**تحتمل الجهالة ففي الوصف**)؛ أي وصف الدَّيْن وهو آدمي (**أولى**) (**فإنه**)؛ أي البيع (**لا يحتملها**)؛ أي الجهالة (**في أصل الثمن**) حتى لو باع بثمن مجهول لم يصح (**فكذا في وصفه**)؛ أي في وصف الثمن، وهو الأصل؛ إذ الوصف لا يخالف الأصل، ولأن معنى الإفضاء إلى النزاع يشملهما، ولا منازعة في الكفالة؛ لأنه نوع تبرع ابتداء؛ فيبتنى على المسامحة وفيه نوع تأمل.

(**باع مطلقًا**)؛ أي بدون ذكر الأجل فيقع العقد صحيحًا بلا أجلٍ، والتأجيل

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ١٩١).

ثُمَّ أَجَّلَ الثَّمَنَ إِلَى هَذِهِ الأَوقَاتِ حَيثُ جَازَ؛ لِأَنَّ هَذَا تَأجِيلٌ فِي الدَّينِ وَهَذِهِ الجَهَالَةُ فِيهِ مُتَحَمَّلَةٌ بِمَنزِلَةِ الكَفَالَةِ، وَلَا كَذَلِكَ اشتِرَاطُهُ فِي أَصلِ العَقدِ؛ لِأَنَّهُ يَبطُلُ بِالشَّرطِ الفَاسِدِ.

(وَلو بَاعَ إِلَى هَذِهِ الآجَالِ ثُمَّ تَرَاضَيَا بِإِسقَاطِ الأَجَلِ قَبلَ أَن يَأخُذَ النَّاسُ فِي الحَصَادِ وَالدِّيَاسِ وَقَبلَ قُدُومِ الحَاجِّ جَازَ البَيعُ أَيضًا).

وَقَالَ زُفَرُ رَحِمَهُ اللهُ: لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُ وَقَعَ فَاسِدًا فَلَا يَنقَلِبُ جَائِزًا، وَصَارَ كَإِسقَاطِ

بعد وقوع البيع صحيحًا، كالكفالة فتتحمل هذه الجهالة بخلاف المشروط في العقد، فإن العقد لا يتحمل الجهالة؛ فيصير شرطًا فاسدًا؛ فيفسد العقد به.

وقوله: **(إلى هذه الآجال)**؛ احتراز عن البيع إلى هبوب الريح ومجيء المطر **(ثم تراضيا على إسقاط الأجل)** حيث **(لا ينقلب جائزًا)**؛ لأن هذا غرر ليس بأجل؛ إذ الأجل ما يكون منتظر الوجود والأمطار والهبوب قد تتصل بكلامه؛ فلا يكون أجلًا فيفسد البيع بالشرط، وبإسقاط الشرط الفاسد لا ينقلب جائزًا، أما الأول فأجل؛ لأنه منتظر فإنه مدة ينتظر وجودها، كذا ذكره الإمام التمرتاشي وإليه أشير في المبسوط(١).

وقوله: **(أيضًا)** متصل بقوله: **(ثم أجل الثمن إلى هذه الآجال حيث جاز)**، **(وقال زفر)** والشافعي في الأصح؛ **(لا يجوز)**؛ أي **(لا ينقلب)** إلى الجواز؛ لما انعقد فاسدًا كالنكاح بغير شهود لا ينقلب صحيحًا بالإشهاد بالإجماع.

وقلنا: المانع من صحة البيع زال قبل تقرره؛ فيصح البيع كما لو باع فصًّا في خاتم أو جذعًا في سقفٍ، ثم نزعه وسلمه كان البيع صحيحا.

يوضحه أن نفس الأجل غير مفسد للبيع، إنما المفسد جهالته وذلك غير موجود في الحال؛ فبإسقاطه قبل مجيء أوان الحصاد يتحقق الانفصال؛ فيبقى صحيحًا كما في الجذع؛ فباعتبار أنه مال متقوم محلٌّ للبيع، ولكن باتصاله بالسقف والضرر في نزعه كان لا يصح البيع؛ فإذا نزعه زال ذلك المانع كذا هاهنا، ولهذا لو جاء زمان الحصاد، وتحقق الاتصال على وجه لا يمكنه فصله يتقرر الفساد.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ٢٧).

الأَجَلِ فِي النِّكَاحِ إِلَى أَجَل، وَلَنَا: أَنَّ الفَسَادَ لِلمُنَازَعَةِ وَقَد ارتَفَعَ قَبلَ تَقَرُّرِهِ وَهَذِهِ الجَهَالَةُ فِي شَرط زَائِد لَا فِي صُلبِ العَقدِ فَيُمكِنُ إسقَاطُهُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ الدِّرهَمَ بِالدِّرهَمَينِ ثُمَّ أَسقَطَا الدِّرهَمَ الزَّائِدَ؛ لِأَنَّ الفَسَادَ فِي صُلبِ العَقدِ، وَبِخِلَافِ النِّكَاحِ إِلَى أَجَلٍ؛ لِأَنَّهُ مُتعَةٌ وَهُوَ عَقدٌ غَيرُ عَقدِ النِّكَاحِ، وَقَولُهُ: فِي الكِتَابِ ثُمَّ تَرَاضَيَا خَرَجَ وِفَاقًا؛ لِأَنَّ مَن لَهُ الأَجَلُ يَستَبِدُّ بِإِسقَاطِهِ؛ لِأَنَّهُ خَالِصُ حَقِّهِ.

أما النكاح بغير شهود فالمفسد هناك انعدام شرط الجواز، وذلك بالإشهاد بعده لا ينقلب جائزًا، كما لو صلى بغير طهارة ثم توضأ لا ينقلب صحيحا، (**والنكاح إلى أجل متعةٌ معنًى**)، كما بينا في النكاح، والمتعة عقد آخر غير النكاح والعقد لا ينقلب عقدًا آخر، وهذا بخلاف البيع بألف ورطل من خمر فإن ذلك ينقلب صحيحًا [٢/ ١٠٤/ب] عندنا؛ إذا اتفقا على إسقاط الخمر، نص محمد عليه في آخر الصرف، إلا أن هناك لا ينفرد به البائع؛ لأنه ينصرف في البدل فلا يتم إلّا بهما.

وهاهنا ينفرد من له الأجل وهو المشتري؛ لأنه خالص حقه فيسقط بإسقاطه كذا في المبسوط.

(**كإسقاط الأجل في النكاح**) يعني على أصلكم، أما عند زفر فالنكاح إلى أجل جائز، والشرط باطل لما مر في النكاح (**قبل تقرره**)؛ أي تقرير الفساد، وهو جهالة وقت التأجيل (**للمنازعة**)؛ أي في الحصاد فإذا أسقطه **لا** تقع المنازعة.

والمراد بكونها (**في صلب العقد**) أن تكون في أحد العوضين. (**وقوله**)؛ أي قول صاحب القدوري؛ أي قول محمد في الكتاب المبسوط؛ لأن من له الأجل، وهو المشتري (**يستبد بإسقاطه**)؛ أي الأجل؛ (**لأنه**)؛ أي الأجل (**خالص حقه**) وحق الإنسان ما يتولى إسقاطه وإثباته.

ولهذا صرح في مبسوط[1] شمس الأئمة: المشتري حيث قال؛ فإن أبطل المشتري الأجل الفاسد ونقد الثمن جاز البيع عندنا استحسانًا.

وفي المجتبى: في المحيط: وعلى هذا الخلاف إذا باع بشرط الخيار إلى

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ٢٧).

قَالَ: (وَمَن جَمَعَ بَينَ حُرٍّ وَعَبدٍ، أَو شَاةٍ ذَكِيَّةٍ وَمَيِّتَةٍ، بَطَلَ البَيعُ فِيهِمَا) وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: إن سَمَّى لِكُلِّ وَاحِد مِنهُمَا ثَمَنًا جَازَ فِي العَبدِ وَالشَّاةِ الذَّكِيَّةِ(*) (وَإِن جَمَعَ بَينَ عَبد وَمُدَبَّر، أَو بَينَ عَبدِهِ وَعَبدِ غَيرِهِ، صَحَّ البَيعُ فِي العَبدِ بِحِصَّتِهِ مِن الثَّمَنِ) عِندَ عُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ، وَقَالَ زُفَرُ رَحِمَهُ اللَّهُ: فَسَدَ فِيهِمَا، وَمَترُوكُ التَّسمِيَةِ عَامِدًا كَالمَيِّتَةِ، ....

الأبد ثم أسقط الخيار، أما لو باع بألف ورطل خمرا وباع إلى أن تَهُبَّ الريح أو تمطر السماء، ثم أسقط من له الخمر والأجل ذلك لا ينقلب العقد صحيحًا.

وفي جامع شمس الأئمة: لو اتفقا على إسقاط الخمر ينقلب جائزًا، ولكن لا ينفرد أحدهما بالإسقاط، ولو باعه بألف ببخارى على أن يوفيه الثمن بسمرقند، لا يجوز في الفصلين، ثم إذا حل الأجل، ولا حمل له لا يطالبه إلا في مكان الإيفاء.

وفي النوازل: باعه على أن يوفي الثمن إخاء[1] البائع بسمرقند فسد البيع، ولو باعه على أن يوفى الثمن يوم القيامة فقال المشتري: أؤدي الثمن في الحال جاز.

قوله: (**ومن جمع بين حُرٍّ وعبد...**) **إلى قوله**: (**عند أبي حنيفة**) جاز البيع عنده سواء سمى لكل واحد ثمنًا أو لا.

وفي المبسوط: إذا لم يتبين ثمن كل واحد منهما يفسد البيع بالإجماع، ولو تبين حصة كل واحد منهما؛ فكذلك عند أبي حنيفة، وعندهما يجوز في العبد.

وذكر في المبسوط: لفظ الفساد فيهما، ولا شك أن لفظ الفساد يستعار عن البطلان في حق الحُرِّ والميتة.

وبقول أبي حنيفة قال الشافعي في قول، ومالك وأحمد في رواية، وبقولهما قال الشافعي في قول، وأحمد في رواية، وكذا الخلاف فيما إذا باع دِنَّيْنِ من الخمر؛ فظهر أحدهما خمرًا.

(**وقال زفر: فسد فيهما**)؛ أي في الجمعين وهو الجمع بين الحُرِّ والعبد،

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) في النسخة الثانية: (أخا).

وَالمُكَاتَبُ وَأُمُّ الوَلَدِ كَالمُدَبَّرِ لَهُ الِاعتِبَارُ بِالفَصلِ الأَوَّلِ، إذ مَحلِّيَّةُ البَيعِ مُنتَفِيَةٌ بِالإِضَافَةِ إِلَى الكُلِّ، وَلَهُمَا: أَنَّ الفَسَادَ بِقَدرِ المُفسِدِ فَلَا يَتَعَدَّى إِلَى القِنِّ، كَمَن جَمَعَ بَينَ الأَجنَبِيَّةِ وَأُختِهِ فِي النِّكَاحِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا لَم يُسَمِّ ثَمَنَ كُلِّ وَاحِد مِنهُمَا؛ لِأَنَّهُ مَجهُولٌ، ....

والجمع بين العبد والمدبر، والجمع بين عبده وعبد غيره، وبه قال الشافعي في قول، وأحمد في رواية في غير جمع المدبر حيث قال في تتمتهم وشرح الوجيز: ولو جمع بين عبده وعبد غيره؛ فإن عللنا بأنه جمع بين الحلال والحرام لا يصلح سواء فصل الثمن أو لا. وإن عللنا بجهالة الثمن يجوز إذا فصل الثمن، وهذا في الكل فيكون في المسألة قولان.

(**والمكاتب وأم الولد**)؛ لما ثبت لهم من حق العتق، وقد جعل ذلك شرطًا؛ لقبول العقد في القن؛ فيفسد العقد فيهما كما لو جمع بين حُرٍّ وعبدٍ (**بالإضافة إلى الكل**)؛ فإن البيع مضاف إليهما، والكل من حيث إن (كل) ليس بمال في الحر والعبد، وبمال مطلق في المكاتب والعبد.

(**ولهما أن الفساد بقدر المفسد**) في المبسوط[1]: الفساد يقتصر على ما وجد فيه العلة المفسدة، وعند تسمية ثمن كل واحد عنهما قد انعدم العلة المفسدة فيما هو مال متقوم منهما، وهذا لأن أحدهما منفصل عن الآخر في البيع ابتداءً وبقاءً؛ فوجود المفسد في أحدهما لا يؤثر في الآخر؛ لأن تأثيره في الآخر؛ إما باعتبار التبعية وأحدهما ليس بتبع للآخر أو باعتبار أنهما كشيء واحد، وليس كذلك لأن كل واحد ينفصل عن الآخر في العقد.

ألا ترى أنه لو هلك أحدهما قبل القبض بقي العقد في الآخر، إذا كان كل واحد عبدًا، وإنما يشترط قبول العقد في أحدهما في الآخر، إذا صح الإيجاب فيهما حتى لا يلحق البائع الضرر في قبول العقد في أحدهما دون الآخر، وذلك ينعدم إذا لم يصح الإيجاب في أحدهما دون الآخر[2]، وصار هذا كما اشترى عبدًا أو مكاتبًا أو مدبرًا؛ فالبيع يفسد في المدبر ويبقى العقد في القِنِّ صحيحًا كذا هنا.

(**لأنه**)؛ أي الثمن (**مجهول**)؛ إذ الحر لا يدخل في العقد لعدم ماليته؛ فلو

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ٣).

(٢) حصل تكرار في النسختين.

....

جاز العقد في العبد، إنما يجوز بالحصة ابتداء والبيع بالحصة ابتداء لا ينعقد؛ لمعنى الجهالة كما لو قال: اشتريت منك هذا العبد بحصته من الألف؛ إذا قسم على قيمته وقيمة الآخر فإنه لا يجوز لجهالة الثمن كذا في [٢/ ١٠٥/أ] المبسوط[١]؛ فكان القبول في الحُرِّ شرطًا يعني لمّا جمعهما في الإيجاب؛ فقد شرط في ثبوت العقد في كل واحد منهما، قبول العقد في الآخر بدليل أن المشتري لا يملك القبول في أحدهما دون الآخر، واشتراط قبول العقد في الحر في بيع العبد شرط فاسد والبيع يبطل به، وأما قولهما هذا عند صحة الإيجاب.

قلنا: صحة الإيجاب يكون هذا شرطًا صحيحًا، ونحن ندعي الشرط الفاسد، وذلك عند فساد الإيجاب؛ لأن هذا الشرط باعتبار جمع البائع بينهما في كلامه لا باعتبار وجود المحلية فيهما، وقد ذكر الكرخي رجوع أبي يوسف في فصل من هذا الجنس إلى قول أبي حنيفة، وهي مسألة الطوق والجارية إذا باعهما بثمن مؤجل كما يجيء في الصرف؛ فاستدلوا برجوعه في تلك المسألة، على رجوعه في جميع هذه المسائل؛ إذ الفرق بينهما لا يتضح كذا في المبسوط[٢].

وقيل: ينبغي أن يكون الجمع بين متروك التسمية عامدًا فيه وبين الذبيحة، كالجمع بين القن والمدبر؛ لضعف الفساد في متروك التسمية عامدا؛ لكونه مجتهدا فيه حيث يحل عند الشافعي.

قلنا: ليس كذلك فإن القاضي لو قضى بحِلِّهِ لا ينفذ قضاؤه؛ لوقوع ذلك من الشافعي خطأً بَيِّنًا لمخالفته النص الظاهر؛ فكان اجتهاده في مورد النص فلا يعتبر كما يجيء في أدب القاضي، وقد بين في الأصول بخلاف المدبر؛ فإن القاضي لو قضى بجواز بيعه ينفذ.

فإن قيل: لو بين ثمن كل منهما تكون الصفقة متفرقة؛ فحينئذ لا يكون القبول في الحُرِّ شرطًا للبيع في العبد.

قلنا: قد ذكر في الذخيرة؛ أن البائع اذا فصَّلَ الثمنَ وسمَّى لكلٍّ ثمنًا على

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ٣).
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ٤).

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَهُوَ الفَرقُ بَينَ الفَصلَينِ: أَنَّ الحُرَّ لَا يَدخُلُ تَحتَ العَقدِ أَصلًا؛ لِأَنَّهُ لَيسَ بِمَال وَالبَيعُ صَفقَةٌ وَاحِدَةٌ، فَكَانَ القَبُولُ فِي الحُرِّ شَرطًا لِلبَيعِ فِي العَبدِ وَهَذَا شَرطٌ فَاسِدٌ، بِخِلَافِ النِّكَاحِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَبطُلُ بِالشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ، وَأَمَّا البَيعُ فِي هَؤُلَاءِ مَوقُوفٌ وَقَد دَخَلُوا تَحتَ العَقدِ لِقِيَامِ المَالِيَّةِ، وَلِهَذَا يَنفُذُ فِي عَبدِ الغَيرِ بِإِجَازَتِهِ، وَفِي المُكَاتَبِ بِرِضَاهُ فِي الأَصَحِّ، وَفِي المُدَبَّرِ بِقَضَاءِ القَاضِي، وَكَذَا فِي أُمِّ الوَلَدِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ، ....

حِدَةٍ واتحد الباقي كانت الصفقة متحدة أيضًا؛ ففيما نحن فيه كذلك فنفذ فيه البيع.

فإن قيل: هذا شرط ليس فيه نفع لأحد المتعاقدين؛ فلا يكون في معنى الربا فلا يفسد به البيع.

قلنا: لا نسلم ذلك في كل شرط؛ بل وجود الشرط المخالف، لمقتضى العقد كاف للفساد، ولئن سلمنا ذلك قلنا هو موجود في ذلك الشرط أيضًا؛ لأن في قبوله قبول بدله، وبدله مال متقوَّم، والحر ليس بمال فلا يكون بدله خاليا عن العوض فكان ربًا.

وقوله: (في الأصح)؛ احتراز عما روي عن أبي حنيفة وأبي يوسف في النوادر وذلك غير معتمد عليه. **(وفي المدبر بقضاء القاضي)** يعني القضاء نافذ في محله؛ فعلم أنه دخل في البيع ثم خرج الاستحقاق.

قوله: (وكذا في أم الولد) بيع أم الولد مختلف بين الصحابة؛ فعمر رضي الله عنه لم يجوِّزه، وعلي رضي الله عنه جوَّزه، ثم من بعدهم من السلف أجمعوا على عدم جواز بيعها؛ فالحاصل أن الإجماع المتأخر هل يرفع الاختلاف المتقدم أم لا؟ فعندهما لا يرفع إذ ليس لإجماع التابعين من القوة ما يرفع خلاف الصحابة؛ فكان قضاء في مجتهد فيه فينفذ.

وعند محمد؛ يرفع فكان القضاء مُخالِفًا للإجماع فلا ينفذ، وقد مرَّ، والمسألة مذكورة في الأصول؛ فيثبت دخولها في البيع ثم خروجها بالاستحقاق، كما لو خرج أحدهما بالهلاك قبل القبض فبقي العقد صحيحًا في

إِلَّا أَنَّ المَالِكَ بِاستِحقَاقِهِ المَبِيعَ وَهَؤُلَاءِ بِاستِحقَاقِهِم أَنفُسَهُم رَدُّوا البَيعَ فَكَانَ هَذَا إِشَارَةً إِلَى البَقَاءِ، كَمَا إِذَا اشتَرَى عَبدَينِ وَهَلَكَ أَحَدُهُمَا قَبلَ القَبضِ، وَهَذَا لَا يَكُونُ شَرطَ القَبُولِ فِي غَيرِ المَبِيعِ، وَلَا بَيعا بِالحِصَّةِ ابتِدَاءً، وَلِهَذَا لَا يُشتَرَطُ بَيَانُ ثَمَنِ كُلِّ وَاحِد فِيهِ.

حق الآخر حتى لو قبضهما لزم البيع في القن بحصته من الثمن ذكره في المبسوط[١].

وقوله: (إلا أن المالك...) إلى آخره استثناء من **قوله: (دخلوا تحت البيع)**؛ لأن البيع بعد الدخول. **(إشارة إلى البقاء)**؛ أي بقاء البيع في حق هؤلاء؛ أي دخولهم تحت البيع؛ لأن رد البيع بدون انعقاده لا يصح يعني إشارة إلى البيع بالحصة بقاءً لا ابتداءً.

وهذا أي الجمع بين المدبر والقن لا يكون شرطًا للقبول في غير المبيع؛ لكون كل واحد منهما محلًّا للبيع كما ذكرنا بخلاف الحر، فكأنه احترز به عن الجمع بين القن والحر؛ فإن هناك يلزم ذلك الفساد، وفي الجمع بين القن والمدبر، لا يلزم فيه؛ أي في القن مع المدبر أو عبد غيره.

وفي الكافي: ولو جمع بين وقف وملك، وأطلق صح في الملك في الأصح. وقال الحلواني: يفسد البيع فيهما ثم رجع، وقال جاز في الملك كما في العبد والمدبر.

ولو باع كرمًا فيه مسجد قديم إن كان عامرًا يفسد البيع وإلا فلا، وكذا في المقبرة، ولو اشترى دارًا وطريقا عامًّا مطروقًا محدودًا[٢] معلومًا ثم استحق الطريق؛ إن شاء أمسكها بحصتها وإن شاء ردها إن كان في الطريق مختلطًا بها، وإن كان متميزًا لزمه الدار بحصتها.

ولو لم يكن الطريق محدودًا فسد البيع، والمسجد الخاص كالطريق المعلوم، ولو كان مسجد جماعة فسد البيع في الكل، وفي بعض النسخ: ولو

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ٥).

(٢) في الأصل: (محدوما) والمثبت من النسخة الثانية.

فَصلٌ فِي أَحكَامِهِ

(وَإِذَا قَبَضَ المُشتَرِي المَبِيعَ فِي البَيعِ الفَاسِدِ بِأَمرِ البَائِعِ، وَفِي العَقدِ عِوَضَانِ كُلُّ وَاحِد مِنهُمَا مَالٌ، مَلَكَ المَبِيعَ وَلَزِمَتهُ قِيمَتُهُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَملِكُهُ وَإِن

كان مسجد جامع فسد في الكل، وكذا لو كان مهدوما أو أرض ساحة لا بناء فيها بعد أن يكون أصله مسجد جامع كذا في المجتبى، وللشافعي في الجمع بين ما يجوز بيعه [٢/ ١٠٥/ب] وما لا يجوز قولان كما ذكرنا.

فصل في أحكامه

أي: أحكام البيع الفاسد.

قوله: (بأمر البائع)؛ أي بإذنه إما صريحا وإما دلالة بأن يقبضه في المجلس بحضرته أو بقبض البائع الثمن ملك المبيع هذا قول عامة مشايخنا.

وقال بعض مشايخنا العراقيين: يملك التصرف فيه، وهذا غير صحيح؛ لأن محمدًا نصَّ في كتاب الشهادات بملك الرقبة، ويدل عليه أيضًا شواهد الأصول من ثبوت الولاء بعتق المشتري دون البائع كذا في شرح الطحاوي.

وقد مر في أول بيع الفاسد ما تشبث به مشايخ العراق مع جوابه قال الكرخي: امتناع الملك بالعقد ثابت بإجماع أصحابنا، أما عند مشايخ العراق فظاهر، وأما عند عامة المشايخ؛ فلأن الملك يحصل بالقبض لا بالعقد، ولا يلزم ما لو باع ما في يد المشتري بيعًا فاسدًا؛ لأن الملك لا يقع بالعقد بل يقع بالقبض، ولهذا لو كان أمانة في يده لم يملكه بالشراء الفاسد حتى يعاود فيه القبض.

قوله: (وقال الشافعي لا يملكه) وبه قال مالك وأحمد لا يُقيّد به؛ أي الملك قبل القبض.

ولنا: ما روي أن عائشة استامت بريرة فأبى مواليها عن بيعها إلا بشرط الولاء لهم؛ فاشترت واشترطت وأعتقت وذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فأجاز العتق وأبطل الشرط وخطب إلى آخر الحديث[1] وقد مر، فأجاز النبي عليه السلام

---

(١) تقدم تخريجه قريبا.

قَبَضَهُ؛ لِأَنَّهُ مَحظُورٌ فَلَا يَنَالُ بِهِ نِعمَةَ المِلكِ؛ وَلِأَنَّ النَّهيَ نَسخٌ لِلمَشرُوعِيَّةِ لِلتَّضَادِّ، وَلِهَذَا لَا يُفِيدُهُ قَبضُ القَبضِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا بَاعَ بِالمَيتَةِ أَو بَاعَ الخَمرَ بِالدَّرَاهِم. وَلَنَا: أَنَّ رُكنَ البَيعِ صَدَرَ مِن أَهلِهِ. مُضَافًا إِلَى مَحِلِّهِ فَوَجَبَ القَولُ بِانعِقَادِهِ، وَلَا خَفَاءَ فِي الأَهلِيَّةِ وَالمَحَلِّيَّةِ.

وَرُكنُهُ: مُبَادَلَةُ المَالِ بِالمَالِ، وَفِيهِ الكَلَامُ، وَالنَّهيُ يُقَرِّرُ المَشرُوعِيَّةَ عِندَنَا لِاقتِضَائِهِ التَّصَوُّرَ، فَنَفسُ البَيعِ مَشرُوعٌ، وَبِهِ تُنَالُ نِعمَةُ المِلكِ وَإِنَّمَا المَحظُورُ مَا يُجَاوِرُهُ كَمَا فِي البَيعِ وَقتَ النِّدَاءِ، وَإِنَّمَا لَا يُثبِتُ المِلكَ قَبلَ القَبضِ كَي لَا يُؤَدِّيَ إِلَى تَقرِيرِ الفَسَادِ المُجَاوِرِ، إذ هُوَ وَاجِبُ الرَّفعِ بِالِاستِردَادِ ....

العتق مع فساد البيع بأنا أوَّلناه بأن الشرط بعد البيع كما مر، ولأنه نوع معاوضة فجاز أن يقع الملك فيه بالقبض كالهبة والقرض كذا في الإيضاح وفيه نوع تأمل.

(وفيه الكلام)؛ أي المسألة مصورة فيما إذا كان العوضان مالان **(والنهي يقرر المشروعية عندنا)**.

وفي المبسوط(1): هذا بناء على مسألة من أصول الفقه، وهي أن النهي في العقود الشرعية لا يخرجها عن المشروعية؛ لأن ذلك موجب الفسخ والنهي غير الفسخ، وعنده يخرجها مقتضى النهي وهذه المسألة مستقصاة في الأصول.

قوله: (إنما المحظور ما يجاوره) المعنى والمتنازع من قبيل ما اتصل به المعنى وصفا مع أن الحكم مختلف **(فالبيع وقت النداء)** مكروه والمتنازع فاسد.

قلنا: عرض المصنف أن المحظور فيهما لمعنى غير المنهي عنه كما هو مزعوم الخصم؛ فيتحدان في المقصود فيصح قياس أحدهما على الآخر، أو مقصوده نفي البطلان كما زعم الخصم والكراهة والفساد متحدان في عدم البطلان وفيه نوع تأمل.

(يؤدي إلى تقرير الفساد)؛ أي من جهة الشارع؛ لأن البيع الفاسد منهي عنه، ولو ثبت الملك قبل القبض يكون التسليم والتسلم واجبا شرعا فيكون الشارع آمرًا وناهيًا في شيء واحدٍ وهذا لا يجوز.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ٢٣).

فَبِالِامتِنَاعِ عَنِ المُطَالَبَةِ أَولَى؛ وَلِأَنَّ السَّبَبَ قَد ضَعُفَ لِمَكَانِ اقتِرَانِهِ بِالقَبِيحِ،

فإن قيل: لو ثبت الملك قبل القبض يلزم تقرير الفساد أيضًا.

قلنا: لو ثبت قبل القبض يكون الفساد مضافًا إلى نفس البيع، والبيع مشروع الله تعالى فيكون الفساد مضافًا إلى الشارع، ولا كذلك بعد القبض لأن الملك مضاف إلى القبض، والقبض موجب للضمان كما في المقبوض على سوم الشراء فكان تقرير الفساد مضافًا إلى العبد كذا نقل عن القاضي الأرسانيدي[١].

وقيل: فيه نوع تأمل، ولأن الفاسد لو أثبت الملك قبل القبض وبعده؛ لكان مساويًا للصحيح، ولو ألغينا الملك به لكان مساويا للباطل؛ فأثبتنا الملك بعد القبض به عملًا بالدليلين. وفيه نوع تأمل لأن الفاسد والباطل متساويان عند الخصم.

وفي المبسوط[٢]: لو ثبت الملك قبل القبض يثبت بغير عوض؛ فإن المسمى لا يجب للفساد، وضمان القيمة لا يجب إلّا بالقبض، وجاز أن ينعقد البيع ويتأخر حكمه كما في البيع بشرط الخيار، وليس من ضرورة الفساد انعدام العقد كالإحرام يفسد بالجماع؛ فإنه ينعقد موجبًا حكمه، والضمان هنا يجب بالعقد بشرط القبض، كما في المقبوض على سوم الشراء؛ فإن العقد الموعود فيه يجعل كالمتحقق.

وهاهنا الضمان بالعقد لا بالقبض؛ إذ ضمان القبض يجب بالجبران وشرطه التعدي؛ وهاهنا قبضه بالإذن فلا يكون الضمان بطريق الجبران؛ بل بالعقد.

(فبالامتناع)؛ أي امتناع البائع من مطالبة الثمن أو المشتري عن مطالبة المبيع؛ إذ لو ثبت الملك بمجرد العقد، وجب على البائع تسليم المبيع، وعلى المشتري تسليم الثمن، حتى لو وجد دفع الفساد بالاسترداد بعد القبض فرفع الفساد بالامتناع أولى؛ لأن الامتناع أسهل وأبعد عن العيب فلو قلنا: تسليم المبيع بحكم الملك، ثم يسترده باعتبار الفساد كان فيه نوع عبث؛ لأن رفع الفساد يوجد بدون ذلك، وهو الامتناع عن التسليم والتسلم، وهذا الامتناع [٢/ ١٠٦/أ] يتحقق بعدم الملك قبل القبض؛ لما ذكرنا أن ثبوت الملك يثبت المطالبة.

---

(١) إبهام في الأصل المخطوط.

(٢) المبسوط للسرخسي (١٣/ ٢٤).

فَيُشتَرَطُ اعتِضَادُهُ بِالقَبضِ فِي إِفَادَةِ الحُكم بِمَنزِلَةِ الهِبَةِ، وَالمَيتَةُ لَيسَت بِمَال فَانعَدَمَ الرُّكنُ، وَلَو كَانَ الخَمرُ مُثَمَّنًا، فَقَد خَرَّجنَاهُ وَشَيءٌ آخَرُ وَهُوَ أَنَّ فِي الخَمرِ الوَاجِبَ هُوَ القِيمَةُ، وَهِيَ تَصلُحُ ثَمَنًا لَا مُثَمَّنًا. ثُمَّ شَرَطَ أَن يَكُونَ القَبضُ بِإِذنِ البَائِعِ وَهُوَ الظَّاهِرُ، إِلَّا أَنَّهُ يَكتَفِي بِهِ دَلَالَةً كَمَا إِذَا قَبَضَهُ فِي مَجلِسِ العَقدِ استِحسَانًا، وَهُوَ الصَّحِيحُ؛ لِأَنَّ البَيعَ تَسلِيطٌ مِنهُ عَلَى القَبضِ، فَإِذَا قَبَضَهُ بِحَضرَتِهِ قَبلَ الِافتِرَاقِ وَلَم يَنهَهُ كَانَ بِحُكمِ التَّسلِيطِ السَّابِقِ، وَكَذَا القَبضُ فِي الهِبَةِ فِي مَجلِسِ العَقدِ يَصِحُّ استِحسَانًا، ....

قوله: (ولو كان الخمر مُثمَّنًا)؛ أي مبيعًا فيما إذا اشتراها بالدراهم أو الدنانير **(فقد خرجناه)**؛ أي ذكرنا وجه تخرجه في أول باب البيع الفاسد في أن البيع باطل إذا كان المبيع خمرًا **(أو شيء آخر)**؛ أي دليل آخر **(وهي)**؛ أي **(القيمة تصلح ثمنًا)**؛ يعني لو انعقد البيع على الخمر تجب قيمة الخمر **لا** عين الخمر؛ لأن المسلم ممنوع عن تسليم الخمر وتسلمها.

فلو قلنا بانعقاد البيع في هذه الصورة لجعلنا القيمة مُثمَّنًا؛ إذ كل عين في مقابلة الدراهم أو الدنانير في البيع مثمن لتعيينهما فلثمنيته خلقة وشرعا، وما عهد في صورة من صور البياعات أن تكون القيمة مُثمَّنًا؛ لأنه يؤدي إلى تغيير المشروع فلذلك حكمنا بالبطلان.

قوله: (وهو الظاهر)؛ أي ظاهر الرواية.

(وقوله: وهو الصحيح) احتراز عما ذكر صاحب الإيضاح وسماها الرواية المشهورة فقال: وما قبضه بغير إذن البائع في البيع الفاسد فهو كما لم يقبضه، وهذه الرواية هي المشهورة، ووجهها أن البيع الفاسد لا يتضمن تسليطًا على القبض؛ لأن التسليط لو ثبت إنما يثبت مقتضى شرعًا، والفاسد يجب إعدامه فلم يثبت المقتضى وهو التسليط على القبض.

ولكن ذكر في الزيادات: لو قبضه في **(مجلس العقد)** قبل الافتراق **(يصح استحسانًا)**، ولم يذكر خلافًا لأن مطلق البيع على القبض كالهبة فإذا شاهد القبض ولم يمنع وقع الملك بالتسليط الذي هو مقتضى العقد كذا في الإيضاح.

ولو قبضه بعد الافتراق لا يصح قبضه قياسًا واستحسانًا، وعن الهندواني؛

وَشَرَطَ أَن يَكُونَ فِي العَقدِ عِوَضَانِ، كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا مَالٌ لِيَتَحَقَّقَ رُكنُ البَيعِ وَهُوَ مُبَادَلَةُ المَالِ فَيَخرُجُ عَلَيهِ البَيعُ بِالمَيتَةِ وَالدَّمِ وَالحُرِّ وَالرِّيحِ وَالبَيعِ مَعَ نَفيِ الثَّمَنِ،

يجب أن يجوز القبض بعد الافتراق عن المجلس بغير إذنه، إذا كان أداه الثمن، إذا كان الثمن مما يملكه البائع بالقبض وقد مر.

وفي المجتبى: حقيقة القبض شرط، وفي التخلية اختلاف والأصل أنها ليست بقبض.

وفي المحيط: باع عبده من ابنه الصغير فاسدًا، واشترى عبده لنفسه فاسدًا؛ لا يثبت الملك حتى يقبضه ويستعمله.

وفي جمع التفاريق: ولو كان وديعة عنده وهي حاضرة ملكها.

(**وشرط**)؛ أي القدوري وفي بعض النسخ: (**يشترط**) (**فيخرج عليه**)؛ أي على اشتراط المال في العوضين في البيع الفاسد، حتى يثبت الملك بالقبض، والمراد بكونهما مالًا، أن يكون مالًا في دِينٍ سماوي؛ ليشمل العقد بالخمر والخنزير فإنه لو اشترى بهما وأعتقه أو باعه أو وهبه، ينفذ تصرفه؛ لأنهما مالان مطلقًا سواء كانا متقومين أو لا وقد ذكرناه في أول الباب.

(**والريح**)؛ بأن قال بعت هذا بالريح الشمالي الذي يأتي من هذا الجانب، وذلك المكان ملك المشتري.

وفي الذخيرة: صورة البيع بالريح بأن يكون لإنسان ظرف مفتوح؛ فاشترى بذلك الريح التي في الظرف ويحطها في ظرف آخر.

(**والبيع مع نفي الثمن**)؛ أي في رواية ينعقد؛ لأن نفيه لا يصح إذ البيع مشتمل على العوضين وما لم يشتمل على عوضين فهو منة وصدقة، وإذا لم يصح صار كأنه سكت عن ذكر الثمن؛ فلو باع وسكت عن ذكر الثمن ينعقد البيع فاسدًا، ويثبت الملك بالقبض؛ لأن مقتضى العقد يقتضي المعاوضة؛ فإذا سكت كان غرضه قيمته، وكأنه باع بقيمته فيفسد البيع.

وشرط أيضًا ألا يكون للبائع خيار الشرط؛ لأن خياره يمنع الملك في الجائز؛ ففي الفاسد أحقُّ، كذا في الإيضاح والكافي.

وَقَولُهُ: لَزِمَتهُ قِيمَتُهُ، فِي ذَوَاتِ القِيَمِ، فَأَمَّا فِي ذَوَاتِ الأَمثَالِ فَيَلزَمُهُ المِثلُ؛ لِأَنَّهُ مَضمُونٌ بِنَفسِهِ بِالقَبضِ فَشَابَهُ الغَصبَ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ المِثلَ صُورَةً وَمَعنًى أَعدَلُ مِن المِثلِ مَعنى.

قَالَ: (وَلِكُلِّ وَاحِد مِن المُتَعَاقِدَينِ فَسخُهُ) رَفعًا لِلفَسَادِ، وَهَذَا قَبلَ القَبضِ ظَاهِرٌ؛ لِأَنَّهُ لَم يُفِد حُكمَهُ فَيَكُونُ الفَسخُ امتِنَاعًا مِنهُ، وَكَذَا بَعدَ القَبضِ إِذَا كَانَ الفَسَادُ فِي صُلبِ العَقدِ لِقُوَّتِهِ، وَإِن كَانَ الفَسَادُ بِشَرط زَائِد فَلِمَن لَهُ الشَّرطُ ذَلِكَ دُونَ

(**لزمته قيمته**)؛ يعني قيمته يوم القبض، وإن ازدادت قيمته في يده فأتلفه؛ لأنه دخل في ضمانه بالقبض فلا يتغير كالغصب.

وقال محمد: عليه قيمته يوم أتلفه؛ لأنه بالاستهلاك تقرر عليه الضمان؛ فيعتبر قيمته حينئذ كذا في الكافي.

(**لأنه مضمون بنفسه**)؛ أي بالقيمة، واحترز به عن البيع الصحيح وقالوا جميعا: فالمرجع في قيمته أو المثل قول المشتري؛ لأنه هو الذي يلزمه الضمان فالقول له في قدره، والبينة للبائع كذا في مختصر شرح الكرخي.

(**من المتعاقدين فسخه**)؛ أي حق الفسخ كيلا يقع تصرفه على المشتري مكروهًا أو حرامًا؛ فإنه ذكر في الإيضاح: ويكره للمشتري أن يتصرف فيه بتمليك أو انتفاع؛ لأن الفسخ مستحقٌّ حقًّا لله تعالى؛ لأن إعدام الفساد واجب، والتصرف فيه تقرير (**الفساد في صلب العقد**)؛ أي في البدل أو المبدول عنه كبيع درهم بدرهمين، وبيع ثوب بخمر؛ ففي الصورتين يملك فسخه بحضرة صاحبه عندنا؛ لأنه إلزام موجب الفسخ فلا يلزمه إلا بعلمه، وعند أبي يوسف: بغير حضرته أيضًا.

(**وإن كان الفساد بشرط زائد**) بأن باعه على أن يقرضه أو يهبه كذا أو باعه إلى أجل مجهول (**فلمن له الشرط**) [٢/١٠٦/ب]؛ أي الذي له منفعة الشرط، وهو البائع في صورة الإقراض، والمشتري في صورة الأجل أن يفسخه بحضرة صاحبه دون من عليه عند محمد؛ لأن منفعة الشرط إذا كانت عائدة عليه صح فسخه؛ لأنه يقدر أن يسقط الأجل فيصح العقد فإذا فسخ العقد الآخر فقد أبطل حقه لقدرته على تصحيح العقد.

مَن عَلَيهِ لِقُوَّةِ العَقدِ، إِلَّا أَنَّهُ لَم تَتَحَقَّق المُرَاضَاةُ فِي حَقِّ مَن لَهُ الشَّرطُ.

قَالَ: (فَإِن بَاعَهُ المُشتَرِي نَفَذَ بَيعُهُ)؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ فَمَلَكَ التَّصَرُّفَ فِيهِ وَسَقَطَ حَقُّ الِاستِردَادِ لِتَعَلُّقِ حَقِّ العَبدِ بِالثَّانِي وَنُقِضَ الأَوَّلُ لِحَقِّ الشَّرعِ، ....

وعندهما؛ لكل واحد من المتعاقدين حق الفسخ؛ لأنه مستحق حقا للشرع فانتفى اللزوم عن العقد، والعقد إذا كان غير لازم يتمكن كل واحد من فسخه كذا في الذخيرة والإيضاح والكافي؛ فعلى هذا المذكور هاهنا قول محمد؛ وهذا إذا كان المبيع قائمًا في يده على حاله فأما إذا ازداد أو انتقص فحكمه حكم الغَصْبِ.

وقوله: (إلا أنه...) إلى آخره جواب سؤال يرد على **قوله**: **(لقوة العقد)**؛ يعني لما كان العقد قويًّا؛ ينبغي ألا يكون لأحد ولاية الفسخ.

(فإن باعه)؛ أي المبيع بالشراء الفاسد بعد القبض **(نفذ بيعه)**؛ لوجود الملك فيه، وعليه نَصَّ محمد، والتمليك تسليط على التصرف، ولهذا قال محمد في كتاب الاستحسان: لو كان المشترَى بالبيع الفاسد طعامًا حلَّ له تناوله؛ لأن البائع سلطه على ذلك كما في العقد الجائز، ولا يحل وطء الجارية المشتراة بالبيع الفاسد؛ لأن الوطء مما لا يستباح بصريح التسليط فبدلالته أولى، وجواز التصرف باعتبار أصل الملك إذ هو ينحل عن صفة الحل كذا في المبسوط[(١)].

وفي شرح الطحاوي: ولو كان المشترى مأكولًا لا يحل أكله **(لتعلق بحق العبد)** وهو المشتري الثاني بالعقد **(ونقض الأول)**؛ أي البيع الأول لحق الشرع من جهة الفساد فيه، وحق الشرع إذا اجتمع مع حق العبد تقدم حق العبد لحاجته لا تهاونا بالشرع؛ بل لأنه أغنى والعفو عنه أرجى بخلاف المشتري من الغاصب؛ لأنه تعلق به حق المغصوب منه وحق المشتري وكلاهما بحق العبد فيترجح حق المغصوب منه؛ لأنه أسبق كذا في المبسوط[(٢)].

فإن قيل: يشكل على **قوله**: **(لتعلق حق العبد الثاني)** ما إذا ورثه وارث المشتري عنه حيث لم ينقطع حق استرداد البائع من وارث المشتري، وإن تعلق به حق الوارث، وبخلاف ما إذا أوصى المشتري لآخر ثم مات لم يبق للبائع

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ٢٥).
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ٢٥).

وَحَقُّ العَبدِ مُقَدَّمٌ لِحَاجَتِهِ، وَلِأَنَّ الأَوَّلَ مَشرُوعٌ بِأَصلِهِ دُونَ وَصفِهِ، وَالثَّانِي مَشرُوعٌ بِأَصلِهِ وَوَصفِهِ فَلَا يُعَارِضُهُ مُجَرَّدُ الوَصفِ؛ وَلِأَنَّهُ حَصَلَ بِتَسلِيط مِن جِهَةِ البَائِعِ،

حق الاسترداد من الموصى له.

قلنا: إنما كان كذلك؛ لأن الملك كان مستحق النقض فانتقل كذلك إلى الوارث حتى لو مات البائع، كان لوارثه حق الاسترداد من المشتري بحكم الفساد، ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه.

وأما الموصى له فهو بمنزلة المشتري الثاني؛ لأن له ملكًا متجدِّدًا لثبوته بسبب اختياري منشأ. إليه أشير في الذخيرة.

فإن قيل: يشكل على قوله: (وحق العبد يقدم) ما إذا كان حلالًا وفي يده صيد، ثم أحرم يجب عليه إرساله، وفيه تقديم حق الله تعالى.

قلنا: لا بل الواجب فيه الجمع بين الحقين في موضع لا يضيع ملكه لا الترجيح، وإنما يصار إلى الترجيح إذا لم يمكن الجمع؛ (لأن الأول)؛ أي البيع الأول مشروع بأصله دون وصفه لما عرف، (والثاني)؛ أي البيع الثاني مشروع بأصله ووصفه لعدم الفساد فيه؛ فكان أقوى، (ولأنه)؛ أي البيع الثاني (من جهة البائع)؛ أي البائع الأول؛ لأن التمليك تسليط على التصرف فلا يتمكن من الاسترداد من المشتري الثاني؛ إذ لو تمكن مع ذلك يلزم سعي الإنسان في نقض ما تم من جهته، وهذا لا يجوز لتأديته إلى المناقضة.

فإن قيل: فعلى هذا ينبغي ألا يتمكن من الاسترداد في بيع نفسه قبل وجود البيع الثاني؛ للزوم سعي الإنسان في نقض ما تم من جهته.

قلنا: إذا لم يبعه المشتري شراءً فاسدًا ترجح حق البائع بسبقه، والمحل قائم على حاله من غير تعلق حق المشتري الثاني، ولوهاء[1] في بيعه لفساده فكان ذلك العين غير ذلك العين؛ فلا يصار إلى الترجيح لتبدل الأعيان باختلاف الأسباب على ما عرف؛ فلم يبق له حق الاسترداد؛ إذ لو بقي لكان فيه السعي في نقض ما تم من جهته خالصًا؛ لما أن البيع الثاني صحيح فلا يحال تمكن الاسترداد إلى رفع الفساد، بخلاف البيع الأول.

---

(١) إبهام في أصل المخطوط.

بِخِلَافِ تَصَرُّفِ الْمُشتَرِي فِي الدَّارِ الْمَشفُوعَةِ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِد مِنهُمَا حَقُّ العَبدِ وَيَستَوِيَانِ فِي الْمَشرُوعِيَّةِ وَمَا حَصَلَ بِتَسلِيط مِن الشَّفِيعِ.

قَالَ: (وَمَن اشتَرَى عَبدًا بِخَمرٍ أَو خِنزِيرٍ، فَقَبَضَهُ وَأَعتَقَهُ أَو بَاعَهُ أَو وَهَبَهُ وَسَلَّمَهُ، فَهُوَ جَائِزٌ وَعَلَيهِ القِيمَةُ) لِمَا ذَكَرنَا أَنَّهُ مَلَكَهُ بِالقَبضِ فَتَنفُذُ تَصَرُّفَاتُهُ، وَبِالإِعتَاقِ قَد هَلَكَ فَتَلزَمُهُ القِيمَةُ، وَبِالبَيعِ وَالهِبَةِ انقَطَعَ الاِستِردَادُ عَلَى مَا مَرَّ، وَالكِتَابَةُ وَالرَّهنُ نَظِيرُ البَيعِ؛ لِأَنَّهُمَا لَازِمَانِ، ....

(في الدار المشفوعة)، يعني لو تصرف المشتري في الدار المشفوعة بالبيع والهبة يبقى حق الشفيع.

وله أن ينقض هذه التصرفات، وإن تعلق بها حق الغير فلو كان عدم ولاية الاسترداد للبائع الأول باعتبار تعلق حق المشتري الثاني، أو باعتبار أن تصرف المشتري صحيح، وإن كان شراؤه فاسدًا ينبغي ألا ينقض الشفيع هذه التصرفات لوجود المعنيين؛ فأجاب عنه **بقوله**: (**لأن كل واحد**) من تصرف المشتري أخذ الشفيع (**حق العبد فيستويان**)؛ أي حق المشتري الدار المشفوعة، وحق الشفيع في أنهما (**حق العبد**) [٢/١٠٧/أ]، وأنهما مشروعان فيترجح حق الشفيع؛ لأنه أسبق ولأنه لم يوجد من الشفيع التسليط على التصرف.

وفي الذخيرة: إنما يثبت التسليط بالإذن نصًّا أو بإثبات الملك المطلق للتصرف، ولم يوجد واحد منهما من الشفيع.

فإن قيل: ينبغي أن يكون حق المشتري راجحًا على حق الشفيع؛ لأنه بانٍ، وحق الشفيع ناسخ.

قلنا: إذا كان ثابتًا إذا قدر على إبطال البيع الأول، وإذا لم يقدر عليه لا يكون ناسخًا لسبقه.

قوله: (**أو باعه**)؛ أي بيعًا صحيحًا ليمتنع رد العين على المشتري الأول أو وهبه وسلمه؛ (**لأنهما لازمان**) فإن عقد الرهن إذا اتصل بالقبض يصير لازمًا[١] في حق الراهن، وكذا الكتابة في حق الكاتب فيثبت العجز عن رد العين؛

---

(١) في الأصل: (راهنا) والمثبت من النسخة الثانية.

إِلَّا أَنَّهُ يَعُودُ حَقُّ الِاستِردَادِ بِعَجزِ المُكَاتَبِ وَفَكِّ الرَّهنِ لِزَوَالِ المَانِعِ.

وَهَذَا بِخِلَافِ الإِجَارَةِ؛ لِأَنَّهَا تُفسَخُ بِالأَعذَارِ، وَرَفعُ الفَسَادِ عُذرٌ؛ وَلِأَنَّهَا تَنعَقِدُ شَيئًا فَشَيئًا فَيَكُونُ الرَّدُّ امتِنَاعًا.

(**فتلزمه القيمة لعجز المكاتب وفك الرهن**) وليس لتخصيصهما في حق الاسترداد فائدة زائدة؛ لما أن عود حق الاسترداد ثابت في جميع الصور، إذا انقضت هذه التصرفات من البيع والهبة، وهذين التصرفين حتى إنه لو رد عليه بعيب في البيع قبل القضاء بالقيمة، كان له ولاية الاسترداد.

وكذا إذا رجع في الهبة بقضاء أو بغير قضاء (**يعود حق الاسترداد**)؛ لأنه عاد إليه قديم ملكه في الوجهين، ثم يعود الحق له في هذه الصور جميعها، إذا لم يقض على المشتري بالقيمة، أما إذا قضى عليه لا يعود حق الاسترداد؛ لتمام تحول حقه في القيمة فلا يعود إلى العين بعد ذلك، كما لو أبق المغصوب، وقضى بالقيمة على الغاصب، ثم عاد من الإباق، كذا في المبسوط[(١)].

(**وهذا**) أي بطلان حق الاسترداد في هذه التصرفات (**يخالف الإجارة**)، وفي الذخيرة والمبسوط[(٢)]: لا يبطل حق الاسترداد بالإجارة والنكاح؛ لأن الإجارة عقد ضعيف (**يُفسخ بالأعذار**)، وقيام حق الشرع في الرد لفساد السبب من أقوى الأعذار فينفسخ به.

ألا ترى أن المشتري لو أجر المبيع، ثم وجد به عيبًا كان له فسخ الإجارة للرد بالعيب؛ فهذا أولى، ولم يذكر محمد من يفسخ الإجارة.

وذكر في النوادر: أن القاضي يفسخها [والتزويج][(٣)] يشبه الإجارة؛ لوروده على المنفعة، والبيع والفسخ يردّان على الرقبة فتعلق حق الزوج بالمنفعة، لا يمنع الفسخ على الرقبة والنكاح على حاله قائم، وهكذا ذكر في الإيضاح أيضًا.

(**فيكون الرد امتناعا**)؛ أي عن العقد بالإضافة إلى المنافع التي لم تحدث، وفي الإيضاح: لو قطع المشتري يده في البيع الفاسد، وأخذ الأرش، أو كانت

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ٢٦).
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ٢٦).
(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

قَالَ: (وَلَيسَ لِلبَائِعِ فِي البَيعِ الفَاسِدِ أَن يَأخُذَ المَبِيعَ ....

جارية فولدت أو أخذ الثمن فالبيع يفسد، ويرد الزيادة على البائع؛ لأن حق المشتري في الزيادة، لا يمنع الفسخ في الأصل، ولو قطع الثوب وخاطه أو بَطّنه وحَشَاه لا يفسخ البائع؛ لأن حق المشتري في الزيادة لا يمنع البائع البيع، ولا يأخذ شيئًا منها لانقطاع حقه به كما في الغصب.

ولو صبغ الثوب؛ فعن محمد أن البائع بالخيار بين الأخذ وإعطاء ما زاد الصبغ [فيه][1]، وبين تركه وتضمين قيمته كما في الغصب، وما أطلقه أبو الحسن فهو محمول على هذا التفصيل.

وفي الكفاية: كل تصرف لو فعله الغاصب في المغصوب ينقطع حق المالك؛ إذا فعله المشتري هنا ينقطع حق البائع في الفسخ.

وذكر الكرخي؛ أن الصبغ بالعصفر يمنع الاسترداد بخلاف الغصب، وعن محمد كالغصب، وبموت المشتري لا يمتنع الفسخ في الأحوال كلها؛ إلا إذا كانت بفعل المشتري كالخياطة والصبغ، ونقصان المُشتَرَى بفعله أو بآفة سماوية، أو بفعل المشتري، لا يمنع الفسخ ويرد البائع المبيع مع أرش النقصان، وليس له أن يتركه عليه، ويُضَمِّنُه تمام القيمة، ولو كان النقصان بفعل أجنبي فله أن يأخذ الأرش من المشتري، وإن شاء أخذه من الجاني وفي قبول الأجنبي المبيع ليس له تضمين الجاني، ولو كان المُشتَرَى جارية لا يحل وطؤها، والوطء لا يمنع الرد، ولو رد أو استرد البائع لزمه العقر، وإن علقها يضمن قيمتها، كذا في المحيط والمجتبى.

قوله: (وليس للبائع...) إلى آخره.

قال الإمام التمرتاشي: هذا الحكم ليس بمخصوص بالبيع الفاسد؛ بل هذا الحكم ثابت في الإجارة الفاسدة والرهن الفاسد والقرض الفاسد؛ اعتبارًا بالعقد الجائز إذا تفاسخا؛ لأن هذه عقود معاوضة فيوجب التسوية من البدلين، ولو مات البائع أو المؤاجر أو الراهن أو المقرض؛ فالذي في يده العبد أو الرهن

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

حَتَّى يَرُدَّ الثَّمَنَ)؛ لِأَنَّ المَبِيعَ مُقَابَلٌ بِهِ فَيَصِيرُ مَحبُوسًا بِهِ كَالرَّهنِ **(وَإِن مَاتَ البَائِعُ فَالمُشتَرِي أَحَقُّ بِهِ حَتَّى يَستَوفِيَ الثَّمَنَ)**؛ لِأَنَّهُ يُقَدَّمُ عَلَيهِ فِي حَيَاتِهِ، فَكَذَا عَلَى وَرَثَتِهِ وَغُرَمَائِهِ بَعدَ وَفَاتِهِ كَالرَّاهِنِ، ثُمَّ إِن كَانَت دَرَاهِمُ الثَّمَنِ قَائِمَة يَأخُذُهَا بِعَينِهَا؛ لِأَنَّهَا تَتَعَيَّنُ فِي البَيعِ الفَاسِدِ، وَهُوَ الأَصَحُّ؛ ....

أحق بثمنه من غرماء الميت، بخلاف ما لو مات المحيل، وعليه دين، ولم يكن قبض المحال له الدين أو الوديعة من المحتال عليه؛ حيث لا يختص المحتال بدين الحوالة [٢/ ١٠٧/ ب] والوديعة.

فإن قيل: دين المحيل على المحتال عليه؛ صار مشغولًا بحق المحتال له فيجب أن يكون المحتال له أخص به كما في الرهن.

قلنا: مجرد الحق بدون ثبوت اليد لا يوجب الاختصاص، كالمأذون إذا لحقه دين يتعلق حق صاحب الدين برقبته وكسبه، ثم لو لحقه دين آخر كان كسبه ورقبته بين الكل بالحصص.

(حتى يرد الثمن)؛ أي الذي أداه المشتري سواء كان قيمته أو الثمن **(مقابل به)**؛ أي بذلك الثمن، وفيه لا يجب الثمن شرعًا إنما أراد به ما قابل البائع المبيع **(فيصير)**؛ أي المبيع **(محبوسا به)**؛ أي بذلك الثمن **(كالرهن)** من حيث إنه محبوس بالدين، ولكنها يفترقان فإن الرهن مضمون بقدر الدين، والمبيع هاهنا مضمون بجميع قيمته كما في الغصب.

(لأنه)؛ أي المشتري **(يقدم)** على البائع **(في حياته)**؛ أي حياة البائع **(كالراهن)** يعني إذا مات يكون المرتهن أحق من سائر الغرماء حتى يستوفي الدين كما في حياته، وفي بعض النسخ: **(كالمرتهن)**؛ يعني المشتري يقدم كالمرتهن.

وقوله: (وهو الأصح) احتراز عن رواية أبي حفص.

قال شيخ الإسلام: المنقود إذا كان قائما هل يتعين على رواية أبي حفص؟ لا يتعين كما في البيع الصحيح وهو [رواية][1] كتاب الصرف، وعلى رواية أبي سليمان يتعين وهو الأصح؛ لما ذكرنا في المتن.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

لِأَنَّهُ بِمَنزِلَةِ الغَصبِ، وَإِن كَانَت مُستَهلَكَة أَخَذَ مِثلَهَا لِمَا بَيَّنَّا.

قَالَ: (وَمَن بَاعَ دَارًا بَيعًا فَاسِدًا فَبَنَاهَا المُشتَرِي فَعَلَيهِ قِيمَتُهَا) عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وَرَوَاهُ يَعقُوبُ عَنهُ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ، ثُمَّ شَكَّ بَعدَ ذَلِكَ فِي الرِّوَايَةِ.

(وَقَالَا: يُنقَضُ البِنَاءُ وَتُرَدُّ الدَّارُ)(*) وَالغَرسُ عَلَى هَذَا الِاختِلَافِ.

لَهُمَا: أَنَّ حَقَّ الشَّفِيعِ أَضعَفُ مِن حَقِّ البَائِعِ حَتَّى يُحتَاجُ فِيهِ إِلَى القَضَاءِ وَيَبطُلُ

وقال الإمام البرغري في جامعه: الدراهم أو الدنانير في البيع الفاسد، إنما تتعين إذا كان البيع الفاسد بمنزلة الغصب؛ فكان الثمن في يد البائع بمنزلة المغصوب، والدراهم المغصوبة تتعين حتى وجب ردَّ عينها إن كان قائمًا وبه صرح الإمام السرخسي.

(**أخذ مثلها**)؛ أي مثل الدراهم المستهلكة (**لما بيَّنَّا**)، وهو أنه بمنزلة الغصب.

وفي الفوائد الظهيرية: بيع المبيع بحقه؛ أي بحق المشتري، ولكن ذكره الإمام قاضي خان كما هو المذكور في المتن.

قوله: (**ثم شك**) يعقوب (**بعد ذلك**)؛ أي بعد الرواية في حفظ الرواية عن أبي حنيفة لا في مذهب أبي حنيفة؛ فإنه ذكر في جامع البزدوي قال أبو يوسف لمحمد: ما رويت لك عن أبي حنيفة، إنما رويت لك أن ينقض البناء.

وقال محمد: بل رويت أنه يأخذ قيمتها وقد أشار إلى ذلك في بعض النسخ، فقال محمد: ثم شك يعقوب في هذه المسألة، ولم يرد به أنه شك في قول أبي حنيفة؛ بل شك في سماعه عنه.

وفي الإيضاح: قال المعلى رجع أبو يوسف إلى قول أبي حنيفة. وقال بشر عن أبي يوسف: إذا غرس نخلًا قد أطلع قبل غرسه؛ أنه لا يكون استهلاكا بخلاف حق البائع؛ فإنه محتاج إلى القضاء أو الرضا، ولا يبطل بالتأخير، ويورث حق البائع ولا يورث حق الشفعة، وكذا انضم إلى حق البائع حق الشرع حتى يجب عليهما نقض هذا البيع ولا يجب على الشفيع الأخذ بالشفعة.

(*) الراجح: قول الصاحبين.

بِالتَّأْخِيرِ، بِخِلَافِ حَقِّ البَائِعِ، ثُمَّ أَضعَفُ الحَقَّينِ لَا يَبْطُلُ بِالبِنَاءِ فَأَقوَاهُمَا أَولَى، وَلَهُ: أَنَّ البِنَاءَ وَالغَرسَ مِمَّا يُقصَدُ بِهِ الدَّوَامُ ....

(**ثم أضعف الحقين**) وهو حق الشفيع (**لا يبطل بالبناء**) حتى ينقض بناء المشتري ويأخذ بالشفعة (**فأقواهما**) وهو حق البائع (**أولى**).

(**مما يقصد بالدوام**) إذ البناء ليس للنقض، والغرس ليس للقطع، وكأنه يحترز به عن البناء والغرس في الإجارة فإنه ينقض؛ فإنه لا يقصد به الدوام هنا، والمشتري يتضرر بنقض البناء والغرس ضررًا بلا جابر، أما البائع يتضرر مع الجابر، مع أنه حصل بتسليطه؛ فكان رعاية[1] حق المشتري أولى فينقطع حق البائع في الاسترداد، كما لو باعه المشتري شراءً فاسدًا بيعًا صحيحًا.

فإن قيل: لما وجب نقضهما لحق البائع، وهو أقوى وفيه إعدام الفساد.

قلنا: لا يلزم من نقضهما لحق الشفيع نقضهما لحق البائع؛ لأن البائع جان، والشفيع بريء عن الجناية، ولأن البائع سلطه عليهما بخلاف الشفيع.

فإن قيل: إذا انقض البناء والغرس؛ لأجل الأخذ بالشفعة يجب أن يعود حق البائع في الاسترداد؛ لزوال المانع وقيام المقتضى؛ كما لو باعه ثم انتقض البيع بما هو نقض من كل وجه؛ فإنه يعود حق البائع لزوال المانع فكذا هذا.

قلنا: المانع من الاسترداد يزول بعد ثبوت الملك للشفيع، وأنه مانع من الاسترداد أيضًا؛ فإن المشتري لو باعها ينقض الشفيع البيع الثاني، ولم يقل هناك لما نقض البيع صار كأن البيع الثاني لم يكن؛ لأن نقض البيع الثاني لحق الشفيع مقتضى التمليك بالشفعة، إنما كان بذلك البيع فلا يثبت على وجه يبطل به حق الشفيع.

وذلك أن النقض إنما وجب ضرورة إبقاء حق الشفيع فصار النقض مقتضى صحة التسليم إلى الشفيع؛ فلا يثبت على وجه يبطل حق الشفيع؛ فلو عاد حق [٢/١٠٨/أ] الاسترداد للبائع يبطل حقه فعاد على موضوعه بالنقض؛ لأن النقض؛ لأن يكون الحق له لا لئلّا يكون الحق له إليه أشار فخر الإسلام والمرغيناني والتمرتاشي.

---

(١) في الأصل: (رواية) والمثبت من النسخة الثانية.

وَقَد حَصَلَ بِتَسلِيطٍ مِن جِهَةِ البَائِعِ، فَيَنقَطِعُ حَقُّ الِاستِردَادِ كَالبَيعِ، بِخِلَافِ حَقِّ الشَّفِيعِ؛ لِأَنَّهُ لَم يُوجَد مِنهُ التَّسلِيطُ وَلِهَذَا لَا يَبطُلُ بِهِبَةِ المُشتَرِي وَبَيعِهِ فَكَذَا بِبِنَائِهِ، وَشَكَّ يَعقُوبُ فِي حِفظِ الرِّوَايَةِ عَن أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ وَقَد نَصَّ مُحَمَّدٌ عَلَى الِاختِلَافِ فِي كِتَابِ الشُّفعَةِ: فَإِنَّ حَقَّ الشُّفعَةِ مَبنِيٌّ عَلَى انقِطَاعِ حَقِّ البَائِعِ بِالبِنَاءِ وَثُبُوتِهِ عَلَى الِاختِلَافِ.

قَالَ: (وَمَن اشتَرَى جَارِيَة بَيعًا فَاسِدًا وَتَقَابَضُا فَبَاعَهَا وَرَبِحَ فِيهَا تَصَدَّقَ بِالرِّبحِ وَيَطِيبُ لِلبَائِعِ مَا رَبِحَ فِي الثَّمَنِ) وَالفَرقُ: أَنَّ الجَارِيَةَ مِمَّا يَتَعَيَّنُ فَيَتَعَلَّقُ العَقدُ بِهَا فَيَتَمَكَّنُ الخُبثُ فِي الرِّبحِ، وَالدَّرَاهِمُ وَالدَّنَانِيرُ لَا يَتَعَيَّنَانِ عَلَى العُقُودِ، فَلَم يَتَعَلَّق

قوله: (وقد نص) دليل على أن شك يعقوب في حفظ الرواية لا في مذهب أبي حنيفة، ذكر محمد في كتاب الغصب: واشترى دارا شراءً فاسدًا فبنى بها أو غرس؛ فللشفيع الشفعة عند أبي حنيفة. وعندهما لا شفعة له؛ فهذا دليل على أن الرواية عن أبي حنيفة ثابتة؛ لأن حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع،

وقوله: (وثبوته) بالرفع عطف على قوله: (مبني على ثبوت حق الشفعة على الاختلاف) فعند أبي حنيفة يثبت بحق الشفعة فكان انقطاع حق البائع في الاسترداد ثابتا.

وعندهما؛ لا يثبت حق الشفعة؛ لأنه لم ينقطع حق البائع في الاسترداد، واتفقت الروايات أن طلب حق الشفعة في البيع الفاسد يعتبر وقت انقطاع حق البائع لا وقت الشراء.

قوله: (ومن اشترى جارية...) إلى آخره الأصل فيه أن المال على نوعين: نوع يتعين في العقد، ونوع لا يتعين كالدراهم والدنانير.

(والخبث) نوعان: خبث لعدم [الملك][(١)] وخبث لفساد الملك؛ فالخبث لعدم الملك يعمل في النوعين؛ أعني فيما يتعين وفيما لا يتعين؛ حتى إن الغاصب أو المودع إذا تصرفا في المغصوب أو الوديعة، وهما عرض أو من النقود وأدّيَا ضمانهما للمالك، وبقي الربح يتصدق بالربح عند أبي حنيفة ومحمد.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

العَقدُ الثَّانِي بِعَينِهَا، فَلَم يَتَمَكَّن الخُبثُ فَلَا يَجِبُ التَّصَدُّقُ، وَهَذَا فِي الخُبثِ الَّذِي سَبَبُهُ فَسَادُ المِلكِ، أَمَّا الخُبثُ لِعَدَمِ المِلكِ فَعِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّد يَشمَلُ النَّوعَينِ، لِتَعَلُّقِ العَقدِ فِيمَا يَتَعَيَّنُ حَقِيقَة، وَفِيمَا لَا يَتَعَيَّنُ شُبهَة، مِن حَيثُ إِنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِهِ سَلَامَةُ المَبِيعِ أَو تَقدِيرُ الثَّمَنِ، وَعِندَ فَسَادِ المِلكِ تَنقَلِبُ الحَقِيقَةُ شُبهَة وَالشُّبهَةُ تَنزِلُ إِلَى

(مما يتعين) هو بدل مال الغير فتثبت حقيقة الخبث لا يتعلق به بل بمثله في الذمة، لكن إنما يتوصل إلى الربح بأداء المغصوب أو الوديعة؛ فتمكن فيه شبه الربح بمال الغير فيتصدق، والخبث لفساد الملك دون الخبث لعدم الملك فيوجب شبهة الخبث فيما يتعين وشبهة الشبهة فيما لا يتعين فلهذا قال: يتصدق المشتري بالربح، ويطيب للبائع ما ربح في الثمن.

وهذا على الرواية التي تتعين تكون بمنزلة المغصوب كذا في جامع قاضي خان.

(في العقود)؛ أي في عقود المعاوضات، واحترز به عن الوديعة والشركة والغصب عندنا، وعند زفر والشافعي يتعينان، حتى لو اشترى بدراهم معينة فحبسها، وأعطى البائع غيرها للبائع أن يأبى ذلك، ولو هلكت تلك الدراهم أو استحقت يبطل العقد عندهما كما في البيع المعين، وعندنا لا يبطل كذا في المبسوط[١].

(وهذا)؛ أي الفرق بين ما يتعين وبين ما لا يتعين، أما (**الخبث**)؛ لعدم **الملك** كالجارية المغصوبة والدراهم المغصوبة، والوديعة تشمل النوعين ما يتعين وما لا يتعين (**يتعلق به**)؛ أي بما لا يتعين سلامة المبيع؛ بأن نقد الدراهم المغصوبة أو (**تقدير الثمن**) بأن أشار إلى الدراهم المغصوبة ونقد من غيرها.
(**تنقلب الحقيقة**)؛ أي حقيقة الخبث.

(**والشبهة**) أي شبهة الخبث واللام فيهما للمعهود؛ يعني صار الخبث بسبب فساد الملك فيما يتعين، نظير الخبث لعدم الملك فيما لا يتعين فوجب التصدق بالربح، فأما فيما لا يتعين؛ لما كان عند حقيقة الخبث وهو الخبث لعدم الملك

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٤/١٧).

شُبهَةِ الشُّبهَةِ، وَالشُّبهَةُ هِيَ المُعتَبَرَةُ دُونَ النَّازِلِ عَنهَا.

قَالَ: (**وَكَذَلِكَ إِذَا ادَّعَى عَلَى آخَرَ مَالًا فَقَضَاهُ إِيَّاهُ، ثُمَّ تَصَادَقَا أَنَّهُ لَم يَكُن عَلَيهِ شَيءٌ وَقَد رَبِحَ المُدَّعِي فِي الدَّرَاهِمِ يَطِيبُ لَهُ الرِّبحُ**)؛ **لِأَنَّ الخُبثَ لِفَسَادِ المِلكِ هَاهُنَا؛ لِأَنَّ الدَّينَ وَجَبَ بِالتَّسمِيَةِ ثُمَّ استُحِقَّ بِالتَّصَادُقِ، وَبَدَلُ المُستَحِقِّ مَملُوكٌ فَلَا يَعمَلُ فِيمَا لَا يَتَعَيَّنُ.**

لا تثبت، إلا شبهة الخبث فعند شبهة الخبث وهي الخبث بفساد الملك لو ثبت تثبت (**شبهة الشبهة**)، وذلك غير معتبر بالحديث وهو أنه ﷺ: نهى عن الربا والريبة، والريبة هي الشبهة.

ولم يعتبر (**النازل عنها**)؛ لأن شبهة الشبهة لو كانت معتبرة؛ لكانت دونها معتبرة أيضًا، وبيع ما لا يخلو عن شبهة الشبهة؛ فيؤدي حينئذ إلى انسداد باب التجارة وهو مفتوح شرعًا، ولأن الأصل في الكسب التوسعة، وقد عدل عن هذا الأصل حق الشبهة بالنص؛ فبقي ما انحط عنها على الأصل؛ لفساد الملك هاهنا؛ لأنه قبض الدراهم بدلًا عما يزعم أنه ملكه وهو الدَّين؛ فإذا ظهر أنه لم يكن عليه دَينٌ، كان المقبوض بدل المستحق وبدل المستحق مملوك ملكًا فاسدًا والخبث لفساد الملك لا يظهر فيما يتعين كذا ذكره الإمام قاضي خان.

(**بالتسمية**)، وهي الإقرار أو دعواه على آخر مالًا. (**وبدل المستحق مملوك**)؛ أي فاسدًا سواء كان المستحق عينًا أو دينًا؛ بدليل أنه إذا اشترى عبدًا بجارية، ثم أعتق العبد واستحقت الجارية، يصح عتق العبد فلو لم يكن بدل المستحق مملوكًا؛ لمّا صح عتق العبد؛ لأن العتق لا يجوز في غير الملك.

قال ﷺ: «**لَا عِتقَ فيما لا يَملِكُهُ ابنُ آدمَ**»[(١)] فلما ملك بدل المستحق فيما كان المستحق مما يتعين؛ فأولى أن يملك بدل المستحق فيما لا يتعين وهو الدين.

وفي الجامع الكبير لقاضي خان: بدل المستحق [٢/١٠٨/ب] مملوك

---

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٢٨ رقم ٣٢٧٤)، والترمذي (٢/ ٤٧٧ رقم ١١٨١) من حديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما وقال: حسن صحيح.

فَصلٌ فِيمَا يُكرَهُ

قَالَ: (وَنَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَن النَّجَشِ) وَهُوَ: أَن يَزِيدَ فِي الثَّمَنِ وَلَا يُرِيدُ الشِّرَاءَ لِيُرَغِّبَ غَيرَهُ وَقَالَ: «لَا تَنَاجَشُوا».

بدليل ما لو حلف وقال لغريمه: لا أفارقك حتى أستوفي منك حقي، ثم باعه المديون عبدًا لغيره بذلك الدين، ثم فارقه الحالف بعد قبض العبد، ثم استحق العبد لا يحنث؛ لأن المديون ملك ما في ذمته بهذا البيع فيكون مستوفِيًا حقه فلم يحنث.

وبيان فساد الملك في بدل المستحق، أنه إذا استحق المبدل يجب رد البدل، ولكن لا يبطل البيع فتتمكن فيه شبهة عدم الملك، ولو حصل الربح في دراهم فيها شبهة عدم الملك، كان فيه شبهة شبهة الخبث؛ فلا يعتبر، كذا في الكافي.

فصل فيما يكره

المكروه أدنى درجة من الفاسد، ولكن شعبة من شعب الفاسد فلذلك ألحق المكروه به.

(النجش) ـ بفتحتين ـ أن تستام السلعة بأزيد من ثمنها ولا أنت تريد شراءها؛ بل ليراك الآخر فيقع فيه وكذا النكاح وروي بسكون الجيم وهكذا في الصحاح[١]، وأصله من نجش الصيد، وهو إثارته.

(**ولا تناجشوا**)؛ أي لا تفعلوا النجش كذا في المغرب[٢]، والنجش مكروه بإجماع الأئمة الأربعة، وكذا يكره السوم على سوم غيره باتفاقهم لكن البيع ينعقد باتفاقهم.

وفي شرح الطحاوي ـ في مسألة النجش ـ : وهذا؛ أي النهي فيما إذا طلب الراغب فيها من صاحبها بمثل ثمنها، أما إذا كان الراغب فيها، يطلب السلعة من صاحبها بدون ثمنها فزاد رجل في ثمنها إلى أن تبلغ قيمتها؛ فلا بأس به، وإن لم يكن له رغبة في ذلك.

---

(١) الصحاح للجوهري (٣/ ١٠٢١).

(٢) المغرب للمطرزي (ص: ٤٥٦).

قَالَ: (وَعَن السَّومِ عَلَى سَومِ غَيرِهِ) قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا يَستَمِ الرَّجُلُ عَلَى سَومِ أَخِيهِ وَلَا يَخطُب عَلَى خِطبَةِ أَخِيهِ»؛ وَلِأَنَّ فِي ذَلِكَ إِيحَاشًا وَإِضرَارًا، وَهَذَا إِذَا تَرَاضَى المُتَعَاقِدَانِ عَلَى مَبلَغِ ثَمَنًا فِي المُسَاوَمَةِ، فَأَمَّا إِذَا لَم يَركَن أَحَدُهُمَا إِلَى الآخَرِ فَهُوَ بَيعُ مَن يَزِيدُ وَلَا بَأسَ بِهِ عَلَى مَا نَذكُرُهُ، وَمَا ذَكَرنَاهُ مَحمَلُ النَّهيِ فِي النِّكَاحِ أَيضًا. قَالَ: (وَعَن تَلَقِّي الجَلَبِ) وَهَذَا إِذَا كَانَ يَضُرُّ بِأَهلِ البَلَدِ، فَإِن كَانَ لَا يَضُرُّ فَلَا بَأسَ بِهِ، إِلَّا إِذَا لَبَّسَ السِّعرَ عَلَى الوَارِدِينَ فَحِينَئِذٍ يُكرَهُ لِمَا فِيهِ مِن الغُرُورِ وَالضَّرَرِ.

(لا يستم الرجل) هذا نفي في معنى النهي، وهذا أبلغ في استدعاء الكف، كما أن أخبار الشارع أبلغ في استدعاء الوجوب من الأمر.

وفي شرح الطحاوي: تساوم الرجلان على السلعة والمشتري والبائع رضيا بمقدار الثمن، ولم يعقدا البيع حتى دخل آخر على سومه فاشتراه فإنه يجوز في الحكم ويكره.

وفي الكافي: السوم: أن يزيد في الثمن بعد تقرره؛ لإرادة الشراء، وراوي حديث النجش [ابن][1] عمر رضي الله عنه، وراوي حديث السوم أبو سعيد وأبو هريرة والأعمش.

(فإذا لم يركن)؛ أي لم يرض ولم يحتج أحدهما إليه فلا بأس به؛ لأن هذا بيع من يزيد وقد روي أنه عليه السلام باع قدحًا وحِلسًا ببيع من يزيد كما يجيء.

(وعن تَلَقِّي الجَلَبِ)؛ أي نهى عن تلقي الجلب؛ أي المجلوب في المغرب[2]: جلب الشيء؛ جاء به من بلد إلى بلد للتجارة جلبًا.

(إلا إذا لَبَّس) يعني لهذه المسألة صورتان:

أحدهما؛ أن يشتري الطعام من القافلة في سنة قحط، ويبيعه على ما زاد من الثمن فهو مكروه.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) المغرب للمطرزي (ص: ٨٦).

قَالَ: (وَعَن بَيعِ الحَاضِرِ لِلبَادِي) فَقَد قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا يَبع الحَاضِرُ لِلبَادِي» وَهَذَا إِذَا كَانَ أَهلُ البَلَدِ فِي قَحْطٍ وَعَوَزٍ، وَهُوَ: أَن يَبِيعَ مِن أَهلِ البَدوِ طَمَعًا فِي الثَّمَنِ الغَالِي، لِمَا فِيهِ مِن الإِضرَارِ بِهِم، أَمَّا إِذَا لَم يَكُن كَذَلِكَ فَلَا بَأسَ بِهِ لِانعِدَامِ الضَّرَرِ. قَالَ: (وَالبَيعِ عِندَ أَذَانِ الجُمُعَةِ) قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَذَرُوا۟ ٱلْبَيْعَ﴾ [الجمعة: ٩] ثُمَّ فِيهِ إِخلَالٌ بِوَاجِبِ السَّعيِ عَلَى بَعضِ الوُجُوهِ، وَقَد ذَكَرنَا الأَذَانَ المُعتَبَرَ فِيهِ فِي كِتَابِ الصَّلَاةِ ....

والثانية: أن يتلقاهم ويشتري منهم بأرخص ثمن من سعر المصر، وهم لا يعلمون بالسعر فالشراء جائز ولكنه مكروه؛ لأنه غرَّهم سواء يضر به أهل البلد أو لا كذا في شرح الطحاوي.

(وعن بيع الحاضر للبادي)، وفي شرح الطحاوي صورته كما ذكر في المتن وقال: فعلى هذا القول كان اللام التي للاختصاص بمعنى (مِنْ)؛ أي من البادي.

وقال الإمام الحلواني: صورته أن يجيء القروي بالطعام إلى المصر؛ فلا يدعه السمسار الحاضر أن يبيع بنفسه؛ بل يقول له: لا تبع شيئًا فأنا أعلم، فيتوكل هذا الحاضر من البادي ويبيعه، ويغلي على الناس السعر فلو تركه يبيعه بنفسه ربما يرخص، وهذا منهي لقوله عليه السلام: «**لا يَبِعْ حاضِرٌ لِبادٍ، دَعُوا النّاسَ يرزُقُ اللهُ بَعْضَهُمْ مِنْ بَعْضٍ**»[1] رواه جابر.

وفي المجتبى: وهذا التفسير أصح ذكره في زاد الفقهاء لموافقته الحديث وبه قال الشافعي.

(**العوز**) الضيق يقال: أعوزني؛ أي أعجزني، كذا في المغرب[2].

(**عند أذان الجمعة المعتبر**) الأذان بعد الزوال كذا في الكافي، وقد مر في الصلاة على بعض الوجوه؛ بأن قعدا أو وقفا قائمين، أما إذا كانا يمشيان

---

(١) أخرجه مسلم (٣/ ١١٥٧ رقم ١٥٢٢).

(٢) المغرب للمطرزي (ص: ٣٣١).

قَالَ: (وَكُلُّ ذَلِكَ يُكرَهُ) لِمَا ذَكَرنَا، وَلَا يَفسُدُ بِهِ البَيعُ؛ لِأَنَّ الفَسَادَ فِي مَعنًى خَارِجٍ زَائِدٍ لَا فِي صُلبِ العَقدِ وَلَا فِي شَرَائِطِ الصِّحَّةِ.

قَالَ: (وَلَا بَأسَ بِبَيعِ مَن يَزِيدُ) وَتَفسِيرُهُ مَا ذَكَرنَا. وَقَد صَحَّ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ بَاعَ قَدَحًا وَحِلسًا بِبَيعِ مَن يَزِيدُ»؛ وَلِأَنَّهُ بَيعُ الفُقَرَاءِ وَالحَاجَةُ مَاسَّةٌ إِلَى نَوعٍ مِنهُ.

ويبيعان فلا بأس به، ذكره أبو اليسر في أصوله.

قوله: (وكل ذلك) أي المذكور من أول الفصل إلى هاهنا مكروه باتفاق علمائنا، ولا يفسد به البيع حتى يجب الثمن، ويثبت الملك قبل القبض وبه قال الشافعي، ولكن يثبت الخيار في وجه في صورة تلقي الركبان إذ لبس السعر عليهم. وقال مالك: بيع الناجش باطل وبه قال أحمد في رواية ضعيفة.

وفي صورة تلقي الركبان البيع باطل عند مالك، وبيع الحاضر للبادي باطل عند مالك أيضًا، وبه قال أحمد في بيع الحاضر للبادي لمطلق النهي وقالا في الثاني بالكراهة كقولنا.

وقلنا: آخر الحديث وهو قوله ﷺ: «دَعُوا النَّاسَ...»[(١)] الحديث يدل على صحة البيع؛ إذ لولا الصحة لما كان في فعله تفويت [٢/١٠٩/أ] على الناس الرزق، ولأن النهي باعتبار الغير المجاور لا باعتبار الغير المجاور، لا باعتبار شرطه وركنه فلا يكون مُفسِدًا. وأراد بقوله: (خارج) الخارج مجاور لا مطلق الخارج بدليل قوله: (زائد لا في صلب العقد ولا في شرائط الصحة) وإلا يشكل بالبيوع الفاسدة بالشرط؛ فإن الفساد لمعنى خارج مشكل، إلا أن يُؤوَّل الخارج بالمجاور.

قوله: (ونوع منه)؛ أي من البيع المكروه، وإنما فصل هذا عن ذاك لما أن الكراهة في الذي يذكر بعد لمعنى راجع إلى المعقود عليه، والكراهة فيما ذكر قبل لمعنى يرجع في غير المعقود عليه، أو لأن التي يذكر بعد مسائل مختلفة

---

(١) تقدم تخريجه قريبا.

نَوْعٌ مِنْهُ

قَالَ: (وَمَن مَلَكَ مَملُوكَينِ صَغِيرَينِ أَحَدُهُمَا ذُو رَحِمٍ مُحَرَّمٍ مِن الآخَرِ لَم يُفَرِّق بَينَهُمَا، وَكَذَلِكَ إن كَانَ أَحَدُهُمَا كَبِيرًا) وَالأَصلُ فِيهِ قَولُهُ ﷺ: «مَن فَرَّقَ بَينَ وَالِدَة وَوَلَدِهَا فَرَّقَ اللَّهُ بَينَهُ وَبَينَ أَحِبَّتِهِ يومَ القِيَامَةِ».

«وَوَهَبَ النَّبِيُّ ﷺ لِعَلِيٍّ ﷺ غُلَامَينِ أَخَوَينِ صَغِيرَينِ ثُمَّ قَالَ لَهُ: مَا فَعَلَ الغُلَامَانِ؟ فَقَالَ: بِعتُ أَحَدَهُمَا، فَقَالَ: أدرِكْ أدرِكْ، وَيُروَى: رُدَّهُ رُدَّهُ»؛ وَلِأَنَّ الصَّغِيرَ يَستَأنِسُ بِالصَّغِيرِ وَبِالكَبِيرِ، وَالكَبِيرَ يَتَعَاهَدُهُ، فَكَانَ فِي بَيعِ أَحَدِهِمَا قَطعُ الِاستِئنَاسِ، وَالمَنعُ مِن التَّعَاهُدِ وَفِيهِ تَركُ المَرحَمَةِ عَلَى الصِّغَارِ، وَقَد أَوعَدَ عَلَيهِ.

يجمعها معنًى واحدٌ، وهو التفريق بخلاف الأول؛ لأن فيها مسائل شتى ولهذا أصول مختلفة.

(ومن ملك)، ذكر لفظ ملك دون اشترى؛ ليتناول وجوه الملك من قبول الهبة والوصية والشراء والإرث فإنه ذكر في المبسوط[(١)]: ولا ينبغي للرجل أن يفرق بين الجارية وولدها؛ في البيع ولا في الصدقة ولا في الوصية إذا كان صغيرًا وبه قال الشافعي، ولا يمنع في الوصية عنده لاحتمال أن يكون الموت بعد انقضاء زمان التحريم.

قوله: (فرق الله بينه وبين أحبته) وفي رواية: «**فَرَّقَ اللهُ بينَهُ وبينَ الجَنَّةِ**»[(٢)]، روي أن زيد ابن حارثة قدم بسبايا من الشام فخرج النبي ﷺ يتفحص عنها؛ فرأى جارية والهة فسأل عن شأنها فقيل لولدها فقال ﷺ: «**أَدْرِكْ أَدْرِكْ، لَا تُؤذَى وَالِدَةٌ بِوَلَدِها**»[(٣)] كذا في المبسوط[(٤)].

«**ما فَعلَ الغلامان؟**»؛ أي ما حالهما؟ أو ما فعلت بهما؟.

(**أُرْدُدْ**)؛ أي: اِستَرِدَّ. (**وقد أوعد عليه**)؛ أي على (**ترك المرحمة**)،

---

(١) تقدم تخريجه قريبا.
(٢) تقدم تخريجه قريبا.
(٣) تقدم تخريجه قريبا.
(٤) المبسوط للسرخسي (١٣/ ١٣٩).

ثُمَّ المَنعُ مَعلُولٌ بِالقَرَابَةِ المُحَرِّمَةِ لِلنِّكَاحِ، حَتَّى لَا يَدخُلَ فِيهِ مَحرَمٌ غَيرُ قَرِيب وَلَا قَرِيبٌ غَيرُ مَحْرَم، ....

قال ﷺ: «**مَنْ لَمْ يُوَقِّرْ كبيرَنا ويرْحَمْ صغيرَنا؛ فليسَ مِنّا**»(١).

(**لا يدخل فيه**)؛ أي في المنع من التفريق (**مَحْرَم غير قريب**) كالأخ والأخت من الرضاع وكامرأة الأب، (**ولا قريب غير مَحْرَم**) كأولاد الأعمام والعمات والأخوال والخالات، بخلاف القياس فإن القياس أن يتصرف المالك في ملكه كيف شاء.

فإن قيل: كيف يكون على خلاف القياس؟، والمعنى وهو قطع المعاهدة بالتفريق موجود.

قلنا: وجود المعنى لا يدل على أنه لا يكون على خلاف القياس؛ فإن السَّلَم شرع لحاجة المفاليس، ومع ذلك شرع على خلاف القياس كذا قيل.

فإن قيل: لو كان منع التفريق معلولا بالقرابة المحرمة للنكاح؛ لما جاز التفريق عند وجود هذه العلة، وقد جاز في مواضع مع وجودها:

ما إذا صار أحد المملوكين بحال لا يمكن للمولى أن يبيعه بأن دبره ولا بأس ببيع الذي هو محل البيع هنا، وإن حصل التفريق.

والثاني: ما إذا جنى أحدهما؛ فلا بأس أن يدفعه المولى إلى ولي الجناية؛ مع أن له منع البيع باختيار الفداء.

والثالث: ما لو استهلك مال إنسان يباع فيه؛ مع أن للمولى ولاية المنع بأداء قيمته.

والرابع: ما لو كانا مملوكين لحربي مستأمن؛ فإنه يجوز للمسلم أن يشتري أحدهما، مع أن كل موضع يكره التفريق بالبيع يكره بالشراء وهاهنا لا يكره.

والخامس: أنه لو كان ثلاثة إخوة في يد رجل، وأحدهم صغير فللمالك أن يبيع أحد الكبيرين استحسانا مع وجود التفريق.

---

(١) أخرجه أبو داود (٤/ ٢٨٦ رقم ٤٩٤٣) والترمذي (٣/ ٣٨٦ رقم ١٩٢٠) من حديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما وقال: حسن صحيح.

....

والسادس: ما إذا اشتراهما ووجد بأحدهما عيبًا؛ فله أن يرده ويمسك الثاني في ظاهر الرواية.

والسابع[١]: ما لو كاتب أحدهما أو أعتقه على مال أو غير مال؛ فيقع التفريق باعتبار الإخراج عن الملك.

والثامن: أنه لو كان في يد رجل أمة ولها ولد صغير مراهق؛ فله أن يبيعه باختياره ورضا أمه والمسائل من المبسوط والإيضاح وشرح الطحاوي.

قلنا: أما الجواب عن الأول أنا إنما لم نُجَوِّز التفريق؛ باعتبار ضرر المملوك فلو منعناه عن بيع الآخر لَحِقَ الضرر للمولى فيه فتعارض الضررين، فنفي الضرر عن المولى أولى؛ لئلا يلزم الحجر عن التصرف في ملكه، وكذلك الجواب في الثاني والثالث.

وعن الرابع؛ أنا لم نجوز شراء المسلم منه ليذهب الحربي بهما إلى دار الحرب، وضرر فساده[٢] في دار الحرب ثابت في الدنيا والآخرة، أما في الدنيا فلعرضة الأسر والقتل؛ إذ الظاهر من حال من ينشأ في صغره في دارهم، كان على دينهم وفيه ذلك، وأما ضرر الآخرة فظاهر.

وعن الخامس؛ بأن المنع لِحَقِّ الصغير وحَقِّهِ مرعيٌّ إذا كان معه أحد الكبيرين ليستأنس به، ويقوم بحوائجه مع أن فيه رواية عن أبي يوسف أنه يكره أيضًا.

وعن السادس [٢/١٠٩/ب] بالجواب عن الثاني، وعن السابع أن الكتابة والإعتاق هو عين الجمع بأكمل الوجوه؛ إذ المكاتب أو المعتق صار أحق بنفسه فيدور حيثما دار أخوه وتبعا هذا مورده.

وعن الثامن؛ أنه لما رضيا بالتفريق لم يبقَ الضرر فيجوز هذا كله مما أشارت إليه تلك الكتب التي عددتها في السؤال.

---

(١) في الأصل: السادس والمثبت هو الصواب.

(٢) في الأصل: (نشاه).

وَلَا يَدخُلُ فِيهِ الزَّوجَانِ، حَتَّى جَازَ التَّفرِيقُ بَينَهُمَا؛ لِأَنَّ النَّصَّ وَرَدَ بِخِلَافِ القِيَاسِ، فَيَقتَصِرُ عَلَى مَورِدِهِ، وَلَا بُدَّ مِن اجتِمَاعِهِمَا فِي مِلكِهِ لِمَا ذَكَرنَا، حَتَّى لَو كَانَ أَحَدُ الصَّغِيرَينِ لَهُ وَالآخَرُ لِغَيرِهِ، لَا بَأسَ بِبَيعِ وَاحِدٍ مِنهُمَا، وَلَو كَانَ التَّفرِيقُ بِحَقٍّ مُستَحِقٍّ لَا بَأسَ بِهِ كَدَفعِ أَحَدِهِمَا بِالجِنَايَةِ، وَبَيعِهِ بِالدَّينِ وَرَدِّهِ بِالعَيبِ؛ لِأَنَّ المَنظُورَ إِلَيهِ دَفعُ الضَّرَرِ عَن غَيرِهِ لَا الإِضرَارُ بِهِ. قَالَ: (فَإِن فَرَّقَ كُرِهَ لَهُ ذَلِكَ وَجَازَ العَقدُ)

قوله: (والآخر لغيره) لفظ الغير مطلقًا، يتناول كل من هو غير المالك سواء كان ابنًا صغيرًا له أو كبيرا أو هما في مؤنته أو لا، وسواء كان زوجته أو مكاتبه كذا في شرح الطحاوي، وفي بعض النسخ: **(والآخر لصغره)** والأول أظهر.

(لا بأس به)؛ أي بالتفريق **(وبيعه بالدين)** بأن كان مأذونًا وأحاط به دينه، أو وجب الدين على المالك، ولا مال له يعني في الدفع بالجناية والبيع بالدين المقصود؛ دفع الضرر عن الجناية وصاحب الدين لا الضرر بالصغير، والنهي عن بيعه لدفع الضرر عنه، لا لإلحاق الضرر بغيره؛ فإذا تعلق بأحدهما حق فالمنع من إيفاء الحق إضرار بصاحب الحق، وعن أبي حنيفة في فصل الجناية الفداء أولى ذكره في الإيضاح.

وعن أبي يوسف في فصل العيب: يردهما لعدم جواز التفريق بينهما كتفريق الصفقة على البائع قبل القبض كذا في الكفاية والفوائد الشاهية.

فإن قيل: يحتمل أن يكون الإضرار قَصدِيًّا وترك الضرر ضِمْنِيًّا.

قلنا: ربما لا يتضرر الصغير ويستأنس بالدائن وولي الجناية؛ فالأقوى لا يصح أن يثبت ضِمنًا وضرر الصغير ضمني فلا يعتبر.

فإن قيل: لو جاز ضرر الصغير بطريق الضمن؛ ينبغي أن يجوز التفريق لأجل دفع الضرر عن المالك، وإن كان يلزم ضرر الصغير ضِمنًا.

قلنا: لو اعتبر هذا لا يكون قوله ﷺ: «مَنْ فَرَّقَ...» **الحديث**[1] معمولا

---

(١) تقدم تخريجه قريبا.

وَعَن أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: أَنَّهُ لَا يَجُوزُ فِي قَرَابَةِ الوِلَادِ، وَيَجُوزُ فِي غَيرِهَا(*). وَعَنهُ: أَنَّهُ لَا يَجُوزُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ لِمَا رَوَينَا، فَإِنَّ الأَمرَ بِالإِدرَاكِ وَالرَّدِّ لَا يَكُونُ إِلَّا فِي البَيعِ الفَاسِدِ.

على أنا نقول: في عدم التفريق لأجل الدائن ووليّ الجناية يلزم الضرر بالغير، وهنا لو لم يفرق لا يلزم الضرر على الغير سوى المولى كذا في الفوائد الكتابية[١].

قوله: (وإن فرق كره)؛ أي بالإجماع. (وجاز العقد) عند أبي حنيفة ومحمد وبه قال الشافعي في قول.

(ويجوز في غيرها)؛ أي غير قرابة الولاد وبه قال الشافعي في الأصح، (وعنه)؛ أي عن أبي يوسف (أنه لا يجوز في الجميع) وبه قال أحمد لما روينا وهو قوله عليه السلام لعلي: «**أَدْرِكْ أَدْرِكْ**»[٢] ولزيد بن حارثة: «أُرْدُدْ أُرْدُدْ»[٣] وإنما يتمكن من الإدراك والاسترداد عند فساد البيع.

وفي رواية عنه؛ فرق بين الولاد وغيرها؛ لقوة قرابة الولاد وضعف غيرها وحمل قوله عليه السلام لعلي في هذه الرواية على طلب الإقالة أو بيع الآخر ممن باع منه أحدهما وهو تأويل الحديث عندهما.

والقياس لهما؛ فإن النهي عن بيع أحدهما؛ لمعنى في غير البيع وغير متصل بالبيع، وهو الوحشة وليس ذلك من البيع في شيء، والنهي متى كان لغير المنهي عنه لا يفسد البيع كالبيع وقت النداء كذا في المبسوط[٤].

وفي شرح الطحاوي: هذا كله إذا كان المالك حُرًّا أو مكاتبًا أو مأذونًا، أما إذا كان كافرًا؛ فلا يكره التفريق لأن الكفار غير مخاطبين بالشرائع.

وفي الكفاية: حكم الكراهة ثابت ما لم يبلغ وبه قال الشافعي لقوله عليه السلام: «**لَا تَجْمعُوا عليهِمْ بينَ السّبيِ والتّفريقِ ما لمْ يبلُغِ الغُلامُ وَالجارِيَةُ**»[٥].

(*) الراجح: قول أبي حنيفة ومحمد.
(١) في الأص: (الكائنة).
(٢) تقدم تخريجه قريبا.
(٣) تقدم تخريجه قريبا.
(٤) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ١٤٠).
(٥) انظر تخريج الحديث التالي.

وَلَهُمَا: أَنَّ رُكنَ البَيعِ صَدَرَ مِن أَهلِهِ فِي مَحِلِّهِ، وَإِنَّمَا الكَرَاهَةُ لِمَعنًى مُجَاوِرٍ، فَشَابَهُ كَرَاهَةَ الِاستِيَامِ (وَإِن كَانَا كَبِيرَينِ فَلَا بَأسَ بِالتَّفرِيقِ بَينَهُمَا)؛ لِأَنَّهُ لَيسَ فِي مَعنَى مَا وَرَدَ بِهِ النَّصُّ، وَقَد صَحَّ «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فَرَّقَ بَينَ مَارِيَةَ وَسِيرِينَ وَكَانَتَا أَمَتَينِ أُختَينِ».

وقد روى عبادة بن الصامت أنه ﷺ قال: «**لا تُفَرِّقوا بينَ الأمِّ وَوَلدِهَا**» فقيل إلى متى؟ فقال: «**إِلَى أن يبلُغَ الغلامُ، وتحيضَ الجارِيةُ**»[١] كذا في المبسوط[٢] وتتمتهم وفي أظهر قولي الشافعي وهو الذي نقله المزني يمتد إلى زمان التمييز وهو سبع أو ثمان بالتقريب.

وقال مالك: يمتد التحريم إلى زمان سقوط الأسنان كذا في شرح الوجيز.

وفي المبسوط[٣]: قال بعض مشايخنا؛ إذا راهق الصبي ورضي بالتفريق؛ فلا بأس به؛ لأنهما من أهل النظر لأنفسهما، وربما يريان المصلحة في ذلك.

قوله: (وإن كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق) وقال الإمام الشافعي يكره التفريق، ولكن يصح البيع. وقال أحمد: لا يَصِحّانِ أيضًا لإطلاقِ الحديثِ وقد مرَّ جوابه.

وقوله: (وسيرين) بالسين المهملة ذكره ابن عبد البر في كتاب الاستيعاب.

وفي كتاب الكفاية: اجتمع في الصغير عدد من أقاربه لا يفرق بينه وبين واحد، اختلفت جهة القرابة كالعم والخال أو اتحدت بخالين عند أبي يوسف؛ لأنه يتوحش بفراق الكل.

وفي الزيادات: لو اتحدت الجهة بترك واحد، ويفرق بينه وبين الباقي إن شاء عند أبي يوسف، ولا يفرق بينه وبين الأبعد، وإن وجد الأقرب كالجد مع الأب، وفي رواية يجوز تفريق الأبعد، وكره محمد في الزيادات.

وفي الزيادات: لو اجتمع معه أبواه لم يفرق بينه وبين واحد منهما؛ لأنه لا يستغنى بأحدهما عن الآخر ألفة، ويفرق بينه وبين سواهما ولا تكره كتابة [٢/

---

(١) أخرجه الدارقطني (٤/ ٣٣ رقم ٣٠٤٩) وقال: عبد الله بن عمرو هذا هو الواقعي؛ ضعيف الحديث، رماه علي بن المديني بالكذب.

(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ١٣٩).

(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ١٣٩).

....

١١٠/أ] أحدهما وعتقه، وبه قال الشافعي.

ولو دبر أحدهما واستولد جاز بيع الآخر؛ لأن المدبر وأم الوالد كالخارج عن ملكه من وجه، ولو باع أحدهما نسمة ممن يعتقه كره عند أبي حنيفة؛ لأنه ربما لا يفي خلافًا لمحمد، كذا في المجتبى.

قوله: (**يتعلق بالبيع الفاسد**) قيل: يقع المرهون والمستأجر فاسد، وعند عامة المشايخ موقوف وهو الصحيح، ولو وصل الرهن إلى الراهن بالفكاك والمستأجر إلى المؤجر بالفسخ وغيره تم البيع وإن لم يجيزا.

ولو طلب المشتري من الحاكم التسليم يفسخ العقد بينهما، وللمشتري الخيار إذا لم يعلم وقت الشراء الرهن والإجارة، وكذا إن علم عند محمد، وعند أبي يوسف؛ ليس له حق نقض الشراء.

قيل: ظاهر الرواية قول محمد. وقيل: قول أبي يوسف.

ولو اشترى أرضا ولها أكار فعلى الوجهين والقولين، وليس للمستأجر حق فسخ البيع بلا خلاف، وفي المرتهن اختلاف المشايخ وليس للراهن والمؤجر حق الفسخ، وبيع المغصوب [موقوف إن أقر به الغاصب أو كان للمغصوب][1] منه بينة عادلة تم البيع وإلّا فلا، ولو هلك قبل التسليم انتقض البيع.

وقيل: لا لأنه أخلف بدلا والأول أصح، وروى بشر عن محمد وابن سماعة عن أبي يوسف؛ يجوز ويقوم المشتري مقام المالك في الدعوى، وعن أبي حنيفة روايتان.

ولو باع في عقد مزارعة؛ فالمزارع أولى في مدته من أيهما كان البذر؛ فإن أجازه المزارع فلا أجر لعمله.

وفي النوازل: فلو أجاز المزارع فكذا النصيبين للمشتري، وكذا في الكرم، وإن كان في الأرض فارغًا في المزارعة، ولم تظهر الثمار في الكرم جاز البيع، وبه أخذ المرغيناني كذا في المجتبى والله أعلم بالصواب.

---

(١) ما بين المعقوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من النسخة الثانية.

بَابُ الإِقَالَةِ

(الإِقَالَةُ جَائِزَةٌ فِي البَيعِ بِمِثلِ الثَّمَنِ الأَوَّلِ) لِقَولِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ : «مَن أَقَالَ نَادِمًا بَيعَتَهُ أَقَالَ اللَّهُ عَثرَتَهُ يَومَ القِيَامَةِ» وَلِأَنَّ العَقدَ حَقُّهُمَا فَيَملِكَانِ رَفعَهُ دَفعًا لِحَاجَتِهِمَا (فَإِن شَرَطَا أَكثَرَ مِنهُ أَو أَقَلَّ فَالشَّرطُ بَاطِلٌ وَيَرُدُّ مِثلَ الثَّمَنِ الأَوَّلِ).

باب الإقالة

قيل: الإقالة؛ مشتق من القول والهمزة للسلب كأشكى يعني أزال القول السابق وهذا سهو؛ لأن الإمام الزرنوجي قال: الإقالة في باب البيع ليس من القول؛ لأنهم قالوا: قِلتُهُ البيع بالكسر، وأقلته بدل قِلْتُهُ على أن العين ياء؛ لأنه ذكره في الصحاح[1] في القاف مع الياء، وأقلته البيع إقالة، وهو فسخه.

ثم المناسبة الخاصة لها بالبيع الفاسد والمكروه؛ أن البيع الفاسد والمكروه شيء وجب رفعه صونًا للمتعاقدين عن مخالطة المحذور، ولم يكن ذلك إلّا بالإقالة.

ولا خلاف للأئمة الأربعة في جواز الإقالة؛ لظاهر الحديث، ولكن اختلفوا أنها فسخ أو بيع. فقال أبو يوسف والشافعي في القديم ومالك: بيع في حق الكل إلا إذا تعذر البيع فيجعلها أبو يوسف فسخا، وعندهما يبطل.

وقال: قال الشافعي في الجديد؛ فسخ في حق الكل إلا إذا تعذر البيع، وهو قول محمد وزفر حتى لا تتعلق به الشفعة، إلا إذا تعذر الفسخ فإن محمدًا يجعله بيعًا، وعند زفر والشافعي يبطل.

وفي شرح الوجيز: وعلى قول هي بيع جديد تجدد بها الشفعة، وفي إقالة الصرف يجب القبض في المجلس، ويجوز قبل القبض وبعد التلف وجهان: أحدهما المنع كالرد بالعيب، وأصحهما الجواز كالفسخ بالتحالف.

قوله: (فإن شرطا أقل منه)؛ أي من الثمن الأول (أو أكثر منه) فالشرط باطل ولا يسقط رد الثمن من البائع. وعند الشافعي الإقالة فاسدة، والثمن على المشتري على حاله فسخ.

(في حق المتعاقدين) معناه أنه يرد الثمن على البائع وما نطقا بخلافه باطل،

---

(١) الصحاح للجوهري (٥/ ١٨٠٨).

وَالأَصلُ: أَنَّ الإِقَالَةَ فَسخٌ فِي حَقِّ المُتَعَاقِدَينِ بَيعٌ جَدِيدٌ فِي حَقِّ غَيرِهِمَا، إِلَّا أَن لَا يُمكِنَ جَعلُهُ فَسخًا فَتَبطُلُ، وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وَعِندَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ:

ولا يبطل المشتري الإقالة بالشروط الفاسدة، ولو كانت بيعًا لأفسدها **(وعند أبي يوسف)** في الموضع الذي يجعلها **(بيعًا)** جديدًا يبطلها بالشروط الفاسدة، وعند الشافعي على قول يجعلها[(١)] بيعًا جديدًا، ولو باعه البائع من المشتري بعد الإقالة قبل القبض، ولو باعه من غير المشتري لم يجز في حق غيرهما، ولو كان المبيع منقولا يجوز بيعه من غير المشتري.

وفائدة كونها بيعًا **(في حق غيرهما)** أنه لو وجد البائع عيبًا بعد التقايل بعد قبض المبيع كان عند بائعه؛ فليس له أن يخاصم بائعه في الرد؛ لأنها بيع جديد في حق الثالث، ولو كان البيع صرفا يشترط التقابض بصحة الإقالة فجعلت في حق الشرع بيعًا جديدًا، ولو كان المبيع هبة في يد البائع فتقايلا ليس للواهب أن يرجع فيها؛ لأنه صار كأنه اشتراه في حق الواهب فامتنع الرجوع، الكل مِن شرح الطحاوي.

ثم اعلم أن الإقالة تصح بلفظين؛ أحدهما [٢/ ١١٠/ ب] مستقبل كما [لو][(٢)] قال: أقِلْني. فيقول: أقلتك عندهما.

وعند محمد يشترط المضي فيهما؛ لأن الإقالة كالبيع فيشترط فيها ما يشترط فيه.

ولهما؛ أن المساومة لا تجري في الإقالة؛ فحمل[(٣)] اللفظ على التحقيق.

وفي شرح الوجيز: الإقالة؛ أن يقولا: تقايلنا أو تفاسخنا أو يقول أحدهما: أقلت والآخر قبلت وما أشبه ذلك.

(إلّا ألّا يمكن) جعله بيعًا بأن تقايلا في المنقول قبل القبض، أو في بيع العرض بالعرض بعد هلاك أحدهما. **(إلّا ألّا يمكن جعله فسخًا)** بأن ولدت المبيعة وما أشبهه **(فتبطل)** الإقالة؛ **(لتعذر جعله فسخًا)** إذ الزيادة المنفصلة تمنع

---

(١) بعدها في الأصل: (قولا) والسياق بدونها أليق.

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٣) في الأصل: (فحلت) والمثبت من النسخة الثانية.

هُوَ بَيعٌ إِلَّا أَن لَا يُمكِنَ جَعلُهُ بَيعًا فَيُجعَلُ فَسخًا، إِلَّا أَن لَا يُمكِنَ فَتَبطُلُ. وَعِندَ مُحَمَّد رَحِمَهُ اللَّهُ: هُوَ فَسخٌ ....

الفسخ حقًّا للشرع وهو لا يصحح الإقالة إلا بطريق الفسخ.

وعندهما يصح تبعًا إذا ولدت، بخلاف ما إذا كانت الزيادة متصلة فإنها لا تمنع الفسخ عنده فأمكن جعلها فسخًا.

فإن قيل: ينبغي أن يجعلها بيعًا في هذه الصورة أيضًا؛ صونا لكلاميهما عن الإلغاء كما جعلها في حق الثالث.

قلنا: ليس البيع من محتملاتها للتضاد بين اللفظين وضعا؛ فلا يمكن جعله مجازًا عنه وفيه نوع تأمل.

(**إلا أن لا يمكن أن يجعله فسخًا**) وبيعًا بأن باع العرض بالدراهم، وتقايلا بعد هلاك العرض أو تقايلا في المنقول قبل القبض على خلاف جنس الثمن الأول؛ لأن بيع المبيع المنقول قبل القبض لا يجوز، والفسخ يكون بالثمن الأول وقد سمَّيا ثمنًا آخرَ.

(**إلا ألا يمكن**) جعله بيعًا بأن تقايلا في المنقول قبل القبض، أو في بيع العرض بالعرض بعد هلاك أحدهما. (**إلا ألا يمكن جعله فسخًا**) بأن ولدت المبيعة وما أشبهه (**فتبطل**) الإقالة؛ (**لتعذر جعله فسخًا**) إذ الزيادة المنفصلة تمنع الفسخ حقًّا للشرع وهو لا يصحح الإقالة إلا بطريق الفسخ.

وعندهما يصح تبعًا إذا ولدت، بخلاف ما إذا كانت الزيادة متصلة فإنها لا تمنع الفسخ عنده فأمكن جعلها فسخًا.

فإن قيل: ينبغي أن يجعلها بيعًا في هذه الصورة أيضًا؛ صونًا لكلاميهما عن الإلغاء كما جعلها في حق الثالث.

قلنا: ليس البيع من محتملاتها للتضاد بين اللفظين وضعًا؛ فلا يمكن جعله مجازًا عنه وفيه نوع تأمل.

(**إلا أن لا يمكن أن يجعله فسخًا**) وبيعًا بأن باع العرض بالدراهم، وتقايلا بعد هلاك العرض أو تقايلا في المنقول قبل القبض على خلاف جنس الثمن الأول؛ لأن بيع المبيع المنقول قبل القبض لا يجوز، والفسخ يكون بالثمن الأول وقد سمَّيا ثمنًا آخر.

إِلَّا إِذَا تَعَذَّرَ جَعلُهُ فَسخًا فَيُجعَلُ بَيعًا، إِلَّا أَن لَا يُمكِنَ فَتبطُلُ(*).

لِمُحَمَّد ﷺ: أَنَّ اللَّفظَ لِلفَسخِ وَالرَّفعِ. وَمِنهُ يُقَالُ: أَقِلنِي عَثَرَاتِي فَتُوَفِّرُ عَلَيهِ قَضِيَّتَهُ. وَإِذَا تَعَذَّرَ يُحمَلُ عَلَى مُحتَمَلِهِ وَهُوَ البَيعُ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ بَيعٌ فِي حَقِّ الثَّالِثِ. وَلِأَبِي يُوسُفَ ﷺ: أَنَّهُ مُبَادَلَةُ المَالِ بِالمَالِ بِالتَّرَاضِي. وَهَذَا هُوَ حَدُّ البَيعِ، وَلِهَذَا يَبطُلُ بِهَلَاكِ السِّلعَةِ وَيُرَدُّ بِالعَيبِ وَتَثبُتُ بِهِ الشُّفعَةُ، وَهَذِهِ أَحكَامُ البَيعِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: أَنَّ اللَّفظَ يُنبِئُ عَن الرَّفعِ وَالفَسخِ كَمَا قُلنَا، وَالأَصلُ: إِعمَالُ الأَلفَاظِ فِي مُقتَضَيَاتِهَا الحَقِيقِيَّةِ، وَلَا يُحتَمَلُ ابتِدَاءُ العَقدِ لِيُحمَلَ عَلَيهِ عِندَ تَعَذُّرِهِ؛ لِأَنَّهُ ضِدُّهُ وَاللَّفظُ لَا يَحتَمِلُ ضِدَّهُ فَتَعَيَّنَ البُطلَانُ، ....

(فتبطل)؛ أي الإقالة، وبقي العقد الأول (إلا إذا تعذر جعله)؛ أي جعل الإقالة (فسخًا) بأن تقايلا بعد القبض بالثمن الأول بعد الزيادة المنفصلة، وتقايلا بعد القبض بخلاف جنس الثمن الأول لما مر.

وفي الذخيرة: الخلاف بينهم فيما [إذا](1) حصل الفسخ بنفس الإقالة، أما إذا حصل بلفظ المفاسخة والمتاركة والرد؛ فإنها لا تجعل بيعًا وإن أمكن جعلها بيعًا.

وفي شرح الوجيز: ذهب بعض الأصحاب إلى أن القولين في لفظ الإقالة، أما إذا قالا تفاسخنا فهو فسخ لا محالة؛ لأن اللفظ للفسخ والرفع؛ لأنها في اللغة إسقاط ورفع ولهذا يقال في الدعاء: اللَّهُمَّ أقلني عثرتي؛ أي أسقطها وارفعها. وكذا العاقدان قصدا بالإقالة فسخ البيع، ولهما ولاية على أنفسهما؛ فيجعل فسخًا إعمالًا للحقيقة.

(إلّا إذا تعذر) الحقيقة ([فتجعل](2) بيعًا)؛ لأنها تحتمل البيع؛ لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال فيها بالتراضي، ولهذا كانت (بيعًا في حق الثالث).

(فتوفر عليه)؛ أي على اللفظ (قضية اللفظ)؛ أي ما اقتضاه من موضوعه اللغوي. (أنه)؛ أي عقد الإقالة (وهذا)؛ أي المذكور وهو مبادلة المال بالمال

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(1) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(2) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

وَكَونُهُ بَيعًا فِي حَقِّ الثَّالِثِ أَمرٌ ضَرُورِيٌّ؛ لِأَنَّهُ يَثبُتُ بِهِ مِثلُ حُكمِ البَيعِ وَهُوَ المِلكُ لَا مُقتَضَى الصِّيغَةِ، إذ لَا وِلَايَةَ لَهُمَا عَلَى غَيرِهِمَا، إِذَا ثَبَتَ هَذَا نَقُولُ: إِذَا شَرَطَ

بالتراضي (حد البيع) فكانت بيعًا وإن تلفظا بلفظ الإقالة، وهذا لأن العبرة للمعاني لا للألفاظ، ولهذا تجعل الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة، والحوالة بشرط براءته كفالة.

فإن قيل: ينتقض قوله بالمبيع المبتدأ بهذا اللفظ، حيث لا ينعقد البيع أصلا مع أن لفظ الإقالة يحتمل البيع.

قلنا: روي عن بعض المشايخ أنه ينعقد بلفظ الإقالة فيمنع، ولئن سلّمنا فالفرق أن قولك: أقلتك العقد في هذا العبد، ولم يكن بينهما عقد أصلا فتعذر تصحيحه؛ لأن الإقالة أضيفت إلى ما لا وجود له فتبطل في مخرجها؛ فلا تصح الاستعارة، وليس كذلك فيما نحن بصدده؛ لأنها أضيفت إلى ما له وجود؛ أعني العقد السابق فلا تبطل في مخرجها فتصح الاستعارة إليه أشير في الفوائد الظهيرية.

والحاصل أن لفظ الإقالة في البيع مجاز، وتصور الحقيقة شرط لإرادة المجاز عند أبي يوسف (لأنه)؛ أي لفظ الإقالة ضد لفظ البيع؛ لأن الإقالة للفسخ لغة والبيع للإثبات؛ فكانت بينهما منافاة فلا تصح الاستعارة؛ لأن شرط صحتها؛ أن تكون بين المستعار والمستعار عنه، اشتراك في معنى واحد.

وفيما نحن فيه تعذر القول (فتبطل) الإقالة ضرورة كما لو حصل الفسخ بلفظ المفاسخة والمتاركة كذا قيل.

ولقائل أن يقول بمنع عدم المعنى المشترك، يجوز أن تكون رفعا باعتبار شيء آخر ويشكل أيضًا باستعارة الحبشي بأبي البيضاء، وبإطلاق لفظ السيئة على الحسنة في قوله تعالى: ﴿وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٖ سَيِّئَةٞ مِّثۡلُهَا﴾ [الشورى:٤٠]؛ لأن جزاء السيئة لا يكون سيئة؛ بل حسنة وبين الحسنة والسيئة تنافٍ، وهذا البحث مذكور في شرح أصول فخر الإسلام المسمى؛ ببيان الوصول في شرح الأصول.

وقوله: (**وكونه بيعًا في حق الثالث...**) [٢/ ١١١/أ] إلى آخره جواب سؤال يرد على قول أبي حنيفة، وهو أن الإقالة لو لم يكن محتملًا للبيع ينبغي ألا

الأَكثَرَ فَالإِقَالَةُ عَلَى الثَّمَنِ الأَوَّلِ، لِتَعَذُّرِ الفَسخِ عَلَى الزِّيَادَةِ، إذ رَفعُ مَا لَم يَكُن ثَابِتًا مُحَالٌ فَيَبطُلُ الشَّرطُ؛ لِأَنَّ الإِقَالَةَ لَا تَبطُلُ بِالشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ، بِخِلَافِ البَيعِ؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ يُمكِنُ إثبَاتُهَا فِي العَقدِ فَيَتَحَقَّقُ الرِّبَا أَو لَا يُمكِنُ إثبَاتُهَا فِي الرَّفعِ، وَكَذَا إذَا شَرَطَ الأَقَلَّ لِمَا بَيَّنَّاهُ إلَّا أَن يَحدُثَ فِي المَبِيعِ عَيبٌ فَحِينَئِذ جَازَتِ الإِقَالَةُ بِالأَقَلِّ؛

يكون بيعًا في حق الثالث فقال: ثبوته بيعًا بطريق الضرورة والحكم، لا باعتبار اللفظ؛ فإن حكم البيع ثبوت الملك ببدل فاعتبرنا بثبوت موجب الصيغة في حق المتعاقدين لا في حق غيرهما.

وحاصله أن حكم البيع يثبت في حق الثالث، ضرورة دفع الضرر عنه؛ إذ الضرر يلحق الشفيع عند ثبوت الملك لأجنبي لا برضاه، والإقالة مثبتة لذلك؛ لأن لفظ الإقالة يثبت البيع؛ كما أن حقيقتها وهو الفسخ قائم فيما لا يعدوهما لعدم ولايتهما على الغير.

وأما الجواب عما استدل به أبو يوسف من أحكام الإقالة على أنه بيع، أن الشارع يبدل الأحكام كدم الاستحاضة حتى أخرجه عن حكم الحدث، ولا يغير الحقائق، وفساد الإقالة عند هلاك المبيع والرد بالعيب وثبوت حق الشفعة من الأحكام؛ فجاز أن يغير ضمنا للإقالة. أما لا تخرج الإقالة عن الفسخية التي هي حقيقتها كذا في الفوائد الظهيرية والكافي.

قوله: (لا تبطل بالشروط الفاسدة)؛ لأن الشرط يشبه الربا إذ فيه نفع لأحد المتعاقدين بلا عوض، والإقالة تشبه المبيع من حيث المعنى؛ فكان الشرط الفاسد فيها شبهة لشبهة الربا فلا يعتبر؛ فلا يؤثر في صحة الإقالة كما لا تؤثر شبهة الشبهة في صحة البيع، أو لأن الشرط الفاسد يصير ربا في البيع؛ لكونه زائدًا على الثمن؛ فيكون ربا في البيع.

أما الإقالة؛ رفع ما كان، ورفع ما كان زائدًا على ما كان لا يتصور؛ فلذلك لم يؤثر الشرط الفاسد فيها؛ لأن رفع ما لم يكن محال، إليه أشير في الفوائد وفي الإيضاح، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد.

أما عند أبي يوسف تبطل الإقالة (لما بينا)، وهو [أن][1] الفسخ رفع العقد

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

لِأَنَّ الحَطَّ يُجعَلُ بِإِزَاءِ مَا فَاتَ بِالعَيبِ، وَعِندَهُمَا فِي شَرطِ الزِّيَادَةِ يَكُونُ بَيعًا؛ لِأَنَّ الأَصلَ هُوَ البَيعُ عِندَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ، وَعِندَ مُحَمَّد رَحِمَهُ اللهُ: جَعلُهُ بَيعًا مُمكِنٌ، فَإِذَا زَادَ كَانَ قَاصِدًا بِهَذَا ابتِدَاءَ البَيعِ، وَكَذَا فِي شَرطِ الأَقَلِّ عِندَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الأَصلُ عِندَهُ، وَعِندَ مُحَمَّد رَحِمَهُ اللهُ: هُوَ فَسخٌ بِالثَّمَنِ الأَوَّلِ لَا سُكُوتٌ عَن بَعضِ الثَّمَنِ الأَوَّلِ، وَلَو سَكَتَ عَن الكُلِّ وَأَقَالَ يَكُونُ فَسخًا فَهَذَا أَولَى، بِخِلَافِ مَا إِذَا

على الوصف الذي كان قبله من غير زيادة، ونقصان الفسخ في النقصان رفع عدم ما كان ثابتًا، ورفع عدم الثابت محال؛ لأن عدمه لم يكن، ورفع ما لم يكن محال. (**لأن الحط يجعل بإزاء ما فات**) قبل هذا إذا كان النقصان بمثل الحط، أما إذا كان الحط أكثر من النقصان لا يجوز الحط؛ لأنه لا يكون فسخا لما بينا أنه عود إلى الحالة الأولى كذا في جامع الإسْبِيجابي والفوائد الكائنة.

(**كذا في شرط**)؛ أي يجعل بيعًا (**لأنه**)؛ أي البيع (**هو الأصل**) عند أبي يوسف. وعند محمد (**هو فسخ**)؛ أي الفسخ بشرط الأقل (**فسخ بالثمن الأول**) بأن أقال وسكت عن الثمن صحت الإقالة؛ فكذا إذا سكت عن بعضه بخلاف ما إذا زاد حيث يجعل بيعًا عند محمد؛ لأنه إذا زاد قصد البيع ويمكن جعلها؛ فيجعل بيعًا صونًا عن إلغاء الزيادة.

وكذا إذا تقايلا بثمن مؤجل تكون الإقالة بالثمن الحالِّ ويبطل التأجيل؛ لأنه سكوت عن وصف الثمن، وهو كونه حالًّا دخله عيب؛ (**فهو فسخ بالأقل**)؛ أي بالاتفاق (**لما بَيَّـنَّا**) (**وهو**)؛ أي عند أبي يوسف البيع هو الأصل؛ فإذا تقايلا (**بغير جنس الثمن**) يكون بيعا نظرا إلى الأصل.

وعن محمد: (**لتعذر جعله فسخًا**)؛ لوقوعه بغير جنس الثمن الأول فيجعل بيعًا، والإقالة باطلة عنده.

في الذخيرة: هذا إذا ولدت بعد القبض؛ فأما إذا ولدت قبله فالإقالة صحيحة عنده، حاصله أن الجارية إذا ازدادت (**ثم تقايلا**)؛ فإن كان قبل القبض صحت الإقالة، سواء كانت الزيادة متصلة كالسِّمَنِ والجمال، أو منفصلة كالولد والعقر؛ لأن الزيادة قبله لا تمنع الفسخ، أما لو كانت الزيادة بعد القبض فإن كانت منفصلة؛ فالإقالة باطلة عند أبي حنيفة؛ لأنه لا يصحح الإقالة إلا بطريق

زَادَ، وَإِذَا دَخَلَهُ عَيبٌ فَهُوَ فَسخٌ بِالأَقَلِّ لِمَا بَيَّنَّاهُ.

وَلَو أَقَالَ بِغَيرِ جِنسِ الثَّمَنِ الأَوَّلِ، فَهُوَ فَسخٌ بِالثَّمَنِ الأَوَّلِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله وَيَجعَلُ التَّسمِيَةَ لَغوًا عِندَهُمَا بَيعٌ لِمَا بَيَّنَّا، وَلَو وَلَدَت المَبِيعَةُ وَلَدًا ثُمَّ تَقَايَلَا فَالإِقَالَةُ بَاطِلَةٌ عِندَهُ، لِأَنَّ الوَلَدَ مَانِعٌ مِن الفَسخِ، وَعِندَهُمَا: تَكُونُ بَيعًا، وَالإِقَالَةُ قَبلَ القَبضِ فِي المَنقُولِ وَغَيرِهِ فَسخٌ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله وَمُحَمَّد رحمه الله كَذَا عِندَ أَبِي يُوسُفَ رحمه الله فِي المَنقُولِ لِتَعَذُّرِ البَيعِ، وَفِي العَقَارِ يَكُونُ بَيعًا عِندَهُ لِإِمكَانِ البَيعِ، فَإِنَّ بَيعَ العَقَارِ قَبلَ القَبضِ جَائِزٌ عِندَهُ.

قَالَ: (وَهَلَاكُ الثَّمَنِ لَا يَمنَعُ صِحَّةَ الإِقَالَةِ وَهَلَاكُ المَبِيعِ يَمنَعُ مِنهَا) لِأَنَّ رَفعَ البَيعِ يَستَدعِي قِيَامَهُ وَهُوَ قَائِمٌ بِالبَيعِ دُونَ الثَّمَنِ (فَإِن هَلَكَ بَعضُ المَبِيعِ جَازَت

الفسخ، والزيادة المنفصلة مانعة للفسخ حقًّا للشرع كما في الرد بالعيب.

أما لو كنت الزيادة متصلة فالإقالة صحيحة عنده؛ لأن المتصلة لا تمنع الفسخ عنده، متى وجد برضا ممن له الحق في الزيادة ببطلان حقه فيها، وقد وجد الرضا لما تقايلا فأمكن تصحيحها فسخًا عنده.

قوله: (لتعذر البيع) وذلك أن بيع المنقول قبل القبض لا يجوز بالإجماع. (وبيع العقار قبل القبض) يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف كما يجيء.

(وهلاك المبيع يمنع منها)؛ أي من الإقالة وبه قال الشافعي في قول؛ أنها بيع، وفي قول: هو فسخ في وجه أيضًا، وفي وجه؛ الأصح لا يمنع، في قول هي فسخ وقد مر.

(وهو) أي البيع (قائم بالبيع)؛ لأنه مال حقيقة وحكمًا فيكون محلًّا لإضافة العقد أما الثمن دين حقيقة وحكما، وإن كان مشارًا إليه عندنا، وإذا كان كذلك يثبت له حكم الوجود بالعقد، وما يكون وجوده [٢/ ١١١/ ب] بالعقد كان حكمًا للعقد، وما يكون حكمًا للعقد لا يكون محله؛ إذ محل العقد شرطه، وشرط الشيء يسبقه وحكمه يعقبه وبينهما تناف.

ولهذا لو هلك المبيع يبطل البيع بخلاف ما لو هلك الثمن، ولهذا تصح البراءة عن الثمن من غير قبول وهبة العين لا تصح بدون قبول، ولا تتأدى زكاة

الإِقَالَةُ فِي البَاقِي)؛ لِقِيَامِ البَيعِ فِيهِ، وَإِن تَقَايَضَا تَجُوزُ الإِقَالَةُ بَعدَ هَلَاكِ أَحَدِهِمَا، وَلَا تَبطُلُ بِهَلَاكِ أَحَدِهِمَا، لِأَنَّ كُلَّ وَاحِد مِنهُمَا مَبِيعٌ فَكَانَ المَبِيعُ بَاقِيًا، وَاَللَّهُ أَعلَمُ بِالصَّوَابِ.

العين بالدين؛ لأنه يصير مؤديًا الكامل بالناقص، ولهذا لا يدخل الدين تحت مطلق اسم المال؛ فيمن حلف مالي صدقة في الفقراء، وله ديون لا يدخل من غير نية كذا في الذخيرة.

فإن قيل: يشكل هذا بما إذا كان رأس مال المسلم عرَضًا معينًا كالعبد والثوب فهلك في يد المسلَّم إليه، ثم تقايلا عقد السَّلَم؛ فالإقالة جائزة مع أن رأس مال السلَم عرض معين، والمسلَم فيه دين في ذمة المسلَم إليه، ولا يعني بالبيع سوى أنه معين لا يجوز الاستدلال به، وبالثمن أنه غير معين في الذمة؛ فعلم بهذا أن الإقالة بعد هلاك رأس المال الذي هو معين؛ لأن المُسَلَّم بمنزلة بيع المقابضة؛ إذ المسلم فيه مبيع معقود عليه فجازت الإقالة بعد هلاك ما يقابله.

وإذا ثبتت الإقالة وجب رد رأس المال؛ لتعذر رد العين **(لقيام البيع فيه)** أي في الباقي، ولم يجز في الهالك اعتبارًا للبعض بالكل. وعند الشافعي في قول: يجوز في الهالك أيضًا، ويرد مثله أو قيمته.

(وإن تقايضا) أي عقدا بيع المقايضة وهو بيع عرض بعرض. **(ولا تبطل)**؛ أي الإقالة **(بهلاك أحدهما)**؛ يعني لو هلك أحدهما بعد الإقالة لا تبطل الإقالة، أما لو كان أحدهما هالكًا وقت الإقالة، والآخر قائمًا وصحت الإقالة ثم هلك القائم قبل الرد بطلت الإقالة كذا في شرح الطحاوي.

وإنما قيد في الكتاب بقوله: **(بعد هلاك أحدهما)**؛ احترازًا عن هلاكهما جميعا؛ فإن الإقالة لا تجوز هناك؛ لأن البيع لم يبق بهلاكهما، والإقالة تقتضي بقاء البيع.

فإن قيل: ما الفرق بين التقايض والتصارف؛ فإن هلاك البدلين في الصرف غير مانع من الإقالة، وفي التقايض مانع مع أن في كليهما لكل واحد من البدلين حكم المبيع؛ إذ ليس أحدهما أولى من الآخر في جعله مبيعًا أو ثمنًا.

قلنا: الفرق أن في التصارف لا يلزمه رد المقبوض بعد الإقالة، وله الخيار إن شاء ردَّه وإن شاء ردَّ مثله؛ فلا يكون هلاك المقبوض مانِعًا لصحة الإقالة،

بَابُ المُرَابَحَةِ وَالتَّولِيَةِ

قَالَ: (المُرَابَحَةُ: نَقلُ مَا مَلَكَهُ بِالعَقدِ الأَوَّلِ بِالثَّمَنِ الأَوَّلِ مَعَ زِيَادَةِ رِبح،

وإن كان في العوضين جميعًا؛ لأن الإقالة لا تتعلق بأعيانهما لو كانا قائمين فصار هلاكهما كقيامهما بخلاف المقايضة؛ لأنهما متى كانا قائمين تتعلق الإقالة بأعيانهما، وبهلاكهما لم يبق شيء من المعقود عليه، وشرط قيامه في البيع والإقالة، كذا في المبسوط.

وفي المجتبى: في المحيط؛ إقالة الوكيل في السلم تجوز عند أبي حنيفة ومحمد كالإبراء وبه قال الشافعي في قول الفسخ، ولا يجوز في قول البيع، وكذا إقالة الوكيل بالبيع عندهما، وإقالة الوكيل بالشراء لا تجوز بالإجماع، وفسخ الموكل مع المشتري جائز.

وفي جمع التفاريق: إقالة الوارث جائزة وبه قال الشافعي، وروى أنها بيع، وأطلق في الجامع جواز إقالة الوصي، وفي الإيضاح، وتتوقف الإقالة على القبول في مجلس الإقالة؛ لأنها وإن كانت ضد البيع في الحكم، لكنها في ارتباط إحدى لفظيها بالأخرى نظير به فيعتبر لها المجلس كالبيع.

باب المرابحة والتولية

لما ذكر أنواع البيوع التي ترجع إلى جانب المبيع، شرع في بيان أنواع البيوع التي ترجع أحكامها إلى جانب الثمن؛ من المرابحة والتولية والربا والصرف والبيع بالنسيئة إلى ذكر الثمن أربعة أنواع:

المساومة؛ وهي التي لا يلتفت فيها إلى الثمن السابق؛ فيبيع بأي ثمن شاء.

والمرابحة والتولية والوضيعة: وهي البيع بأقل من الثمن الأول ولم يذكرها في هذا الكتاب؛ لأن ذلك لا يقع إلا نادرًا؛ لأن الغرض من البياعات الاسترباح. وقال في المجتبى: خمسة وعد الأربعة، وزاد بيع المشاركة: وهي التولية ببعض البيع مشاعًا، ولكن التولية المذكورة في الكتاب تشمله؛ لأنها أعم من أن تكون في الكل أو البعض. التولية: هي أن يجعله واليًا فالبائع يجعل المشتري واليًا لما اشتراه بما اشتراه.

قوله: (والمرابحة: نقل ما ملكه...) إلى آخره.

وَالتَّولِيَةُ: نَقلُ مَا مَلَكَهُ بِالعَقدِ الأَوَّلِ بِالثَّمَنِ الأَوَّلِ مِن غَيرِ زِيَادَةِ رِبحٍ) وَالبَيعَانِ جَائِزَانِ؛ لِاستِجمَاعِ شَرَائِطِ الجَوَازِ، وَالحَاجَةُ مَاسَّةٌ إِلَى هَذَا النَّوعِ مِن البَيعِ؛ لِأَنَّ

فإن قيل: يشكل هذا التعريف بمسألة ذكرها في فتاوى قاضي خان، وهي أنه إذا اشترى بالدراهم الدنانير [٢/ ١١٢/أ] لا يجوز بيع الدنانير بعد ذلك مرابحة مع صدق التعريف، وبمسألة الغصب، وهي أن العبد المغصوب إذا أبق من يد الغاصب، وقضى القاضي بالقيمة، ثم عاد العبد؛ فللغاصب أن يبيع العبد مرابحة على القيمة التي أداها مع أنه لم يتملكه بالعقد، وهي أيضًا في فتاوى قاضي خان، وكذا إذا باعه مرابحة بما قام عليه، والتعريف لا يصدق؛ لأن ما قام عليه زائد من الثمن الأول، والمسألة ما إذا باع مرابحة على القيمة على ما ملكه بثمنه، أو إرث أو وصية حيث جاز ذكره في المبسوط(١).

قلنا: الدراهم والدنانير لا تتعينان في العقود والفسوخ؛ فلما لم تتعين لا تصلح أن تكون مبيعة؛ لأن المبيع هو المتعين، ولما لم تثبت الدراهم والدراهم مبيعة، لا يثبت فيها عقد المرابحة التي هي مبينة في ثمن المبيع؛ فكان العموم في قوله: (نقل ما ملكه) منصرفا إلى ما هو المعلوم عندهم، وهو (نقل ما ملكه)؛ أي الذي هو صالح للمبيعة.

والجواب عن الثاني: أن الغصب هو أحد وجهي المعاوضة، ألا ترى أن إقرار المأذون بالمغصوب جائز؛ لما أن الإقرار بالغصب إقرار بالمعاوضة، وإقراره بعقد المعاوضة جائز.

وأما المسألة الثانية؛ فجوابها ما يجيء في هذا الباب.

وعن الرابع؛ فإن الأصل في المرابحة الاحتراز عن الكذب وهو موجود؛ فيجوز بيعه لذلك؛ لأنه ما أخبر المشتري عن شيء هو كذب، وإنما قال قيمته كذا أو رقمه كذا، وهو صادق في ذلك؛ فلو صار المشتري مغبونا فيه بذلك كان من قبل جهله، كذا في المبسوط.

غَبِيَ عَلَيَّ الشيءُ؛ إذا لم تعرفه، وفلان غَبِيّ، على (فعيل): إذا كان قليل الفطنة، وهو من الواو كما في شقي، أو من غَبَيْتُ عن الشيء غَبْيَةً وغَبَّيْتُهُ

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ٨٧ ـ ٨٨).

الغَبِيَّ الَّذِي لَا يَهتَدِي فِي التِّجَارَةِ يَحتَاجُ إِلَى أَن يَعتَمِدَ فِعلَ الذَّكِيِّ المُهتَدِي وَتَطِيبُ نَفسُهُ بِمِثلِ مَا اشتَرَى وَبِزِيَادَةِ رِبحٍ فَوَجَبَ القَولُ بِجَوَازِهِمَا، وَلِهَذَا كَانَ مَبنَاهُمَا عَلَى الأَمَانَةِ وَالِاحتِرَازِ عَنِ الخِيَانَةِ وَعَن شُبهَتِهَا، وَقَد صَحَّ «أَنَّ النَّبِي ﷺ لَمَّا أَرَادَ الهِجرَةَ ابتَاعَ أَبُو بَكرٍ رضي الله عنه بَعِيرَينِ فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ ﷺ: وَلِّنِي أَحَدَهُمَا، فَقَالَ: هُوَ لَكَ بِغَيرِ شَيءٍ، فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: أَمَّا بِغَيرِ ثَمَنٍ فَلَا».

قَالَ: (وَلَا تَصِحُّ المُرَابَحَةُ وَالتَّولِيَةُ حَتَّى يَكُونَ العِوَضُ مِمَّا لَهُ مِثلٌ)؛ لِأَنَّهُ إِذَا

غباوة؛ إذا لم يفطن له. والاحتراز عن الخيانة لما روى ابن عمر أنه عليه السلام قال: «**إذا حدّثَ أحدُكُمْ فلَا يَكذِبْ، وإذا وَعَدَ فلا يُخلِفْ، وإذا اؤْتُمِنَ فلا يَخُنْ، غُضُّوا أبصارَكُمْ واحفَظوا فُروجَكُم**»[1] كذا في بعض الفوائد.

قوله: (ولا تصح المرابحة حتى يكون الثمن...) إلى آخره شرط صحة المرابحة والتولية؛ فيكون الثمن مِثليًّا أو مملوكا للمشتري، والربح مثلي معلوم.

وقال الشافعي: تجوز المرابحة فيما إذا اشترى بعرض من العروض؛ فإنه ذكر أنه قام عليَّ بِكَذا، وأخبر بقدر قيمة العرض جاز، وإن ذكر بعبارة الشراء أو عبارة رأس المال لا يجوز، إلا أن يقول: اشتريته بعرض قيمته كذا أو رأس مالي فيه عرض قيمته كذا.

وقلنا: لا يجوز لأن الثمن الأول لو كان من ذوات القيم؛ فلو اشتراه مرابحة لاشتراه بقيمته؛ إذ لا يمكنه رد عينه؛ لأنه ليس في ملكه، ولا رد مثله؛ لأنه لا مثل له فتعين القيمة، وهي مجهولة؛ لأنها تعرف بالحزر والظن فتتمكن شبهة الخيانة؛ فيحترز عنها كما يحترز عن حقيقة الخيانة.

(إذ مبنى المرابحة على الأمانة)، ولهذا لو اشترى عبدين أو ثوبين بثمن مؤجل؛ فباع أحدهما مرابحة بحصته من الثمن أو بغير بيان الأجل، لا يجوز عندنا. وقال الشافعي: يجوز إن قسّط الثمن على القيمة وأخبر بما يخصه.

---

(١) أخرجه أبو يعلى (٧/ ٢٤٨ رقم ٤٢٥٧) من حديث أنس رضي الله عنه. وأعلّه بالانقطاع الهيثمي في مجمع الزوائد (١٠/ ٣٠١ رقم ١٨١٦٩) فقال: رجاله رجال الصحيح إلا أن يزيد بن سنان لم يسمع من أنس.

لَم يَكُن لَهُ مِثلٌ لَو مَلَكَهُ مَلَكَهُ بِالقِيمَةِ وَهِيَ مَجهُولَةٌ **(وَلَو كَانَ المُشتَرِي بَاعَهُ مُرَابَحَة مِمَّن يَملِكُ ذَلِكَ البَدَلَ وَقَد بَاعَهُ بِربحِ دِرهَمٍ أَو بِشَيءٍ مِن المَكِيلِ مَوصُوفٍ جَازَ)** لِأَنَّهُ يَقدِرُ عَلَى الوَفَاءِ بِمَا التَزَمَ **(وَإِن بَاعَهُ** ....

وقلنا: إن حصة أحدهما لا تعرف إلا بالحزر والظن، ويجري فيه الغلط، والأجل يزداد في الثمن معنى عادة؛ فكان فيه شبهة الخيانة إليه أشار الإمام قاضي خان.

فإن قيل: يشكل على هذا مواضع لم يحترز عن شبهة الخيانة:

منها: لو **(اشترى جارية ثم اعورَّت)** في يده؛ فله أن يبيعها مرابحة على جميع الثمن من غير بيان.

ومنها: ما إذا **(اشترى ثوبًا؛ فأصابه قرض فأر أو حرق نار؛ فيبيعه مرابحة من غير بيان)** يجوز، ولا شك أن المشتري اشتراه غير معيب بما سمى من البدل، ولم يلتزم له ربحًا على ذلك.

ومنها: إذا وهب الثوب المشترى بعشرة لإنسان، ثم رجع في الهبة لم يبعه مرابحة من غير بيان مع أن اختلاف الأسباب تنزل منزلة اختلاف الأعيان؛ فينبغي ألا يجوز، وإن جاز ينبغي أن يشترط البيان.

قلنا: أما المسألتان المتقدمتان فنذكر جوابهما في الكتاب.

وأما الثالثة: فإن العين بالرجوع تعود إلى قديم ملكه، سواء كان بقضاء أو بغير قضاء، وصار كأن السبب لم يوجد، وهذا لأن تغير الوصف في العين، إنما يشترط بيانه إذا كان في ستره شبهة الخيانة، وهذا ليس كذلك؛ فإن الخيانة إنما تكون لو كان لها تأثير في نقصان الثمن، وليس للرجوع تأثير في نقصانه فلا يكون فيه خيانة ولا شبهتها. **(ولو ملكه)**؛ أي المشتري الثاني.

وقوله: (ممن يملك ذلك الثمن) متعلق بالمشتري.

وقوله: (مرابحة) نصب على التمييز [٢/ ١١٢/ب]، وكشف هذا الكلام؛ هو أنه إذا كان الثمن الأول من ذوات القيم؛ فأراد أن يبيع ما ملكه به مرابحة فالحال لا يخلو؛ إما أن يبيعه مرابحة من المشتري الذي لا يملك البدل أو يبيعه منه؛ فإن كان الأول فالبيع فاسد لما ذكرنا.

وإن كان الثاني فهو على وجهين: أما إن قال: أبيعك مرابحة بالثوب الذي

بِربحِ ده يازده: لَا يَجُوزُ) لِأَنَّهُ بَاعَهُ بِرَأسِ المَالِ وَبِبَعضِ قِيمَتِهِ؛ لِأَنَّهُ لَيسَ مِن ذَوَاتِ الأَمثَالِ، (وَيَجُوزُ أَن يُضِيفَ إِلَى رَأسِ المَالِ أُجرَةَ القَصَّارِ وَالطَّرَّازِ وَالصَّبغِ وَالفَتلِ وَأُجرَةَ حَملِ الطَّعَامِ) لِأَنَّ العُرفَ جَارٍ بِإِلحَاقِ هَذِهِ الأَشيَاءِ بِرَأسِ المَالِ فِي عَادَةِ التُّجَّارِ؛ وَلِأَنَّ كُلَّ مَا يَزِيدُ فِي المَبِيعِ أَو فِي قِيمَتِهِ يُلحَقُ بِهِ هَذَا هُوَ الأَصلُ، وَمَا عَدَدنَاهُ بِهَذِهِ الصِّفَةِ؛ لِأَنَّ الصَّبغَ وَأَخَوَاتِهِ يَزِيدُ فِي العَينِ، وَالحَملَ يَزِيدُ فِي القِيمَةِ، إذ القِيمَةُ تَختَلِفُ بِاختِلَافِ المَكَانِ ....

في يدك، وتربح دراهم أو بكيل موصوف جاز؛ لأنه جعل الربح على الثوب درهمًا مثلًا وهو معلوم.

وإن قال: أبيعك (**بربح ده يازده لا يجوز**) لأن تسمية (**بربح ده يازده**) أو أحد عشر يقتضي أن يكون الربح من جنس رأس المال؛ لأنه لا يكون أحد عشر إلا أن يكون الحادي عشر من جنس العشرة؛ فحينئذ صار كأنه باع بالثمن الأول، ويجري من جنس الأول الثوب لا مثل له من جنسه؛ فيكون العقد منعقدًا برأس المال، وببعض قيمته وهذا لا يجوز كذا في الإيضاح.

حتى لو قال: أبيعك (**بربح ده يازده**) أو درهم لكل عشرة أو في كل عشرة يجوز، والربح من جنس الثمن الأول وبه قال الشافعي.

ومعنى **قوله**: (**ده يازده**) أو بربح مقدار درهم على عشرة دراهم؛ فإن كان الثمن عشرين كان الربح بزيادة درهمين، وإن كان ثلاثين بثلاثة.

وعلى هذا قيل: صورة المسألة ما لو باع عبدًا بثوب، وملك ذلك الثوب غيره بسبب من الأسباب، وذلك الغير الذي في يده الثوب يشتري هذا العبد بذلك الثوب، ويربح درهما أو بشيء من المكيل موصوف جاز؛ فكان البائع الذي يبيع مرابحة هو الذي اشترى بثوب، أما لو باع هذا العبد بربح (**ده يازده**) لا يجوز لما ذكرنا.

ثم اعلم أن من باع المتاع مرابحة، كان الثمن الأول هو الذي ملك المبيع به دون ما نقده، حتى لو اشترى ثوبًا بعشرة فأعطى بها دينارًا أو ثوبًا، كان رأس المال العشرة لا الدينار أو الثوب، وملك الدينار بعقد آخر فلم يعتبر، كذا في الإيضاح.

وفي الإيضاح والكفاية: إن كان مثليًّا جاز عقد المرابحة، سواء كان الربح

(وَيَقُولُ: قَامَ عَلَيَّ بِكَذَا، وَلَم يَقُل: اشتَرَيتُهُ بِكَذَا) كَي لَا يَكُونَ كَاذِبًا وَسَوقُ الغَنَمِ بِمَنزِلَةِ الحَملِ، بِخِلَافِ أُجرَةِ الرَّاعِي وَكِرَاءِ بَيتِ الحِفظِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَزِيدُ فِي العَينِ وَالمَعنَى، وَبِخِلَافِ أُجرَةِ التَّعلِيمِ، لِأَنَّ ثُبُوتَ الزِّيَادَةِ لِمَعنى فِيهِ وَهُوَ حَذَاقَتُهُ.

من جنس رأس المال أو غيره؛ لأنه تمليك مبتدأ في حق الربح كيفما كان، وهو قول الشافعي.

(اشترى ثوبًا بعشرة) فأعطاه عنها دينارًا أو ثوبًا (ثم باعه برأس المال) لزمه عشرة مثل ما نقد لأنه ملكه بها وبه قال الشافعي.

ولو قال أبيعك (بربح درهم) لزمه عشرة مثل ما نقد، وإن خالف نقد البلد، ولزمه النقد من ربح البلد إذا أطلق؛ لأن رأس المال يجب فيه رد المثل فلا يتغير، وفي الربح يعتبر الإطلاق والتقييد، حتى لو قال: أبيعك بربح (ده يازده) كان الربح من جنس الثمن؛ لأنه جعله جزء من الثمن وكان على صفته، وهكذا قول الشافعي.

وفي المحيط: اشترى بنقد نيسابور، وقال ببلخ: قام عليَّ بكذا وباعه بربح مائة درهم أو بربح (ده يازده) أو (دوازده)؛ فالربح ورأس المال على نقد بلخ وهو قول الشافعي، إلا أن يصدقه المشتري أنه نقد نيسابور أو تقوم بينة، وإذا كان نقد نيسابور دون نقد البلخ في الوزن والجودة، ولم يبين فرأس المال والربح على نقد نيسابور، وإن كان على عكسه واشتراه ببلخ بنقد نيسابور، ولم يعلم بأنه أوزن وأجود؛ فهو بالخيار إن شاء أخذ وإن شاء ترك.

قوله: (بخلاف أجرة الراعي لأنه): أي أجر الراعي (وكراء بيت الحفظ لا يزيد في العين) وهو ظاهر ولا في (المعنى) وهو القيمة والمالية.

وفي الإيضاح: هذا المعنى ظاهر لكن لا يتمشى في بعض المواضع، والمعنى المعتمد عليه عادة التجار حتى يعم المواضع كلها.

(وقوله: وبخلاف)؛ عطف على قوله: (بخلاف أجر الراعي لمعنى فيه)؛ أي في المتعلم، لا لما أنفق على المعلم؛ فلم يكن ما أنفق موجب الزيادة في المالية.

(حذاقته)؛ أي ذكاء ذهنه.

....

في المبسوط[1]: أنفق على عبده في تَعلُّم عملٍ دراهِمَ لا يُلحِقُها برأس المال؛ لأنه لا عرف فيه، وكذلك في تعلم الشعر والغناء والعربية، وتعلم القرآن والحساب، حتى لو كان في شيء من ذلك عرف ظاهر يلحقه برأس المال، وكذلك لا يلحق أجر الطبيب والمرابض، والبيطار والراعي، وجُعل الآبق والحجام والختان؛ لعدم العرف، وأما أجر السائق من بلد إلى بلد يلحق للعرف الظاهر، ولأن هذا بمنزلة الكراء فيما له حمل ومؤنة، وكذا أجرة السمسار للعرف الظاهر.

وفي جامع البرامكة: أنه يلحق أجر السمسار؛ لأن الإجارة على الشراء لا تصح إلا ببيان المدة.

وفي ظاهر الرواية تلحق للعرف، وأجر الراعي ليس نظير أجر السائق لأن الراعي لا يستحق الأجر بالنقل ولا يعمل الراعي؛ بل لحفظ الغنم فيكون كأجر بيت الحفظ [٢/ ١١٣/أ]، وكذا جعل الآبق ليس نظير أجر السائق؛ لأن الإباق نادر، وفي الإلحاق؛ المعتبر العرف الظاهر وذلك لا يوجد في النادر.

وفي المحيط: وما عمل بنفسه من الأعمال التي تلحق لا يلحق به، وكذا ما أنفق هو بنفسه، وما يوجد في الطريق من المباح، وأجرة الطبيب والرابط والبيطار وجُعل الآبق، وأجرة الحمام وأجرة السمسار مطلقًا.

وقيل: إن كانت مشروطة فإن كانت مرسومة قال أكثر المشايخ؛ لا يضم، وقيل: يضم.

وأجرة الدلال لا تضم، وكذا المباح الذي يوجد في الطريق، إلا إذا جرت عادة التجار، ولا يضم ثمن الجلال والبراقع في الدواب، والثياب في الرقيق، وأجرة الراعي على الخلاف، ولا كل ما جاوز القوت من الطعام والإدام، ولا أجرة سائق الرقيق، وحافظ الطعام والمتاع، وأجرة تعليم القرآن والكتابة والخط والشعر عند أبي يوسف خلافًا لمحمد ولا أجرة الكيال في الطعام ونحوها.

ويلحق به طعام الرقيق وكراؤهم وأجرة سائق الغنم، وثمن علف الدواب

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ٨٣).

(فَإِن اطَّلَعَ المُشتَرِي عَلَى خِيَانَة فِي المُرَابَحَةِ فَهُوَ بِالخِيَارِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، إن شَاءَ أَخَذَهُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ وَإِن شَاءَ تَرَكَهُ، وَإِن اطَّلَعَ عَلَى خِيَانَة فِي التَّولِيَةِ أَسقَطَهَا مِن الثَّمَنِ، ....

وأجرة التجصيص والتطيين، وحفر البئر في الدار والقناة في الأرض ونفقة الكراب، ونسخ الكروم وسقي الزروع، والكروم ما بقيت فإذا ذهبت لم يجب منه شيء، وأجرة لقاط التمر والسلاح والملاح ونحوها، فإن أنفق على الغنم، وأصاب من أصوافها وألبانها يضم ما فضل من قيمتها من الصوف واللبن، وكذا الدجاجة إذا باضت وأصله أن يحسب منه زيادة المبيع ويرجع بفضل النفقة.

وفي شرح وجيزهم: يدخل في لفظ قام على المؤنات التي تلزم الاسترباح كأجرة الكيال والوزان والدلال والحمال، والحارس والقصار والرفاء والصباغ وقيمة الصبغ وأجرة الخباز، وتطيين الدار وسائر المؤنات التي تلتزم للاسترباح وألحق بها كراء بيت الحفظ لانتظار الأسعار.

وأما المؤنات التي يقصد بها استيفاء الملك دون الاسترباح؛ كنفقة العبد وكسوته وعلف الدابة فلا يدخل، ويقع ذلك في مقابلة المنافع والفوائد المستوفاة من المبيع.

وحكى في التتمة وجهًا؛ أنها تدخل أيضًا والمشهور الأول، نعم العلف الزائد على المعتاد للتسمين يدخل، ولو اشتراه مريضًا تدخل أجرة الطبيب لازدياد قيمته بزوال المرض، ولو حدث المرض في يده فهو كالنفقة، ولو قصر الثوب أو كال أو حمل أو طين بنفسه لم تدخل الأجرة، وكذا لو تطوع متطوع بهذه الأعمال أو بإعارة البيت وفي تتمتهم يدخل المكث[1] الذي يأخذه السلطان.

قوله: (وإن اطلع المشتري على خيانة).

في التحفة: ظهور الخيانة إما بإقرار البائع أو بالبينة وكذا في تتمتهم وكذا

---

(١) في النسخة الثانية: (الكيس).

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَحُطُّ فِيهِمَا، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يُخَيَّرُ فِيهِمَا)(*) لِمُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: أَنَّ الِاعتِبَارَ لِلتَّسمِيَةِ؛ لِكَونِهِ مَعلُومًا، وَالتَّولِيَةُ وَالمُرَابَحَةُ تَروِيجٌ وَتَرغِيبٌ، فَيَكُونُ وَصفًا مَرغُوبًا فِيهِ كَوَصفِ السَّلَامَةِ فَيَتَخَيَّرُ بِفَوَاتِهِ، وَلِأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: أَنَّ الأَصلَ فِيهِ كَونُهُ تَولِيَةً وَمُرَابَحَةً، وَلِهَذَا يَنعَقِدُ بِقَولِهِ وَلَّيتُك بِالثَّمَنِ الأَوَّلِ أَو بِعتُكَ مُرَابَحَة عَلَى الثَّمَنِ

في المبسوط[1] في تقرير مسألة أخرى؛ أو بنكوله عن اليمين.

(**وقال أبو يوسف: يحط فيهما**)؛ أي في المرابحة والتولية وبه قال الشافعي في المختصر في الأصح، وأحمد وأبو ليلى.

وقال محمد: (**يخير فيهما**)، وبه قال الشافعي في قول، وحكى أبو يوسف والمروزي قول آخر؛ أن البيع لا يصح. وقيل: هو مذهب لمالك لأن شرط المرابحة، يقتضي اعتبار عن الأول وهو مجهول حالة العقد.

وقلنا: لا خلل في العاقدين ولا في العوضين، وإنما وجد نوع تلبيس فيوجب خيارًا أو استرجاع جزء من الثمن، وذلك لا يمنع صحة العقد، كذا في تتمتهم. وقال أبو حنيفة في المرابحة: يخير وفي التولية: يحط.

(**أن الاعتبار للتسمية**)؛ أي للتسمية الثانية لتعلق العقد بالجهل؛ لأن الثمن يجب أن يكون (**معلوما**)، والعلم به يحصل بالتسمية؛ فينعقد العقد بجميع ذلك المسمى؛ لطروئه عن اختيار صحيح كما لو باعه مساومة، وذلك لأن الثمن الأول غير معلوم، وهذا الثمن معلوم فكان القول بوقوع البيع بثمن معلوم أولى من القول بوقوعه بثمن مجهول[2].

(**وذكر التولية والمرابحة للترويج والترغيب**) فيجري مجرى (الوصف)؛ فإذا ظهرت الخيانة فقد فات الوصف المرغوب في الثمن؛ فيخير كما لو وجد المبيع معيبًا كذا في الكافي والإيضاح.

(**أن الأصل فيه**)؛ أي في لفظ (**المرابحة والتولية**)، التولية والمرابحة فلا بد من بناء العقد على الثمن الأول فكان ذكر الثمن جاريًا مجرى التسليم، وقدر

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ٨٩).

(٢) في الأصل: (معلوم) والمثبت من النسخة الثانية.

الأَوَّلِ، إِذَا كَانَ ذَلِكَ مَعلُومًا، فَلَا بُدَّ مِن البِنَاءِ عَلَى الأَوَّلِ وَذَلِكَ بِالحَطِّ، غَيرَ أَنَّهُ يُحَطُّ فِي التَّولِيَةِ قَدرُ الخِيَانَةِ مِن رَأسِ المَالِ وَفِي المُرَابَحَةِ مِنهُ وَمِن الرِّبحِ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ: أَنَّهُ لَو لَم يُحَطَّ فِي التَّولِيَةِ لَا تَبقَى تَولِيَةً؛ لِأَنَّهُ يَزِيدُ عَلَى الثَّمَنِ الأَوَّلِ فَيَتَغَيَّرُ التَّصَرُّفُ فَتَعَيَّنَ الحَطُّ، وَفِي المُرَابَحَةِ لَو لَم يُحَطَّ تَبقَى مُرَابَحَةً وَإِن كَانَ يَتَفَاوَتُ الرِّبحُ فَلَا يَتَغَيَّرُ التَّصَرُّفُ فَأَمكَنَ القَولُ بِالتَّخيِيرِ، فَلَو هَلَكَ قَبلَ أَن يَرُدَّهُ أَو حَدَثَ فِيهِ مَا يَمنَعُ الفَسخَ يَلزَمُهُ جَمِيعُ الثَّمَنِ ....

الخيانة لم يكن ثابتًا في العقد الأول؛ فلا يمكن إثباته في العقد الثاني فيحط ضرورة غير أنه (**يحط في التولية قدر الخيانة من رأس المال**).

(وفي المرابحة منه)؛ أي من رأس المال (ومن الربح) حتى لو باع ثوبًا بعشرة على ربح خمسة؛ فظهر أن الثمن كان ثمانية؛ يحط قدر الخيانة وهو درهمان [٢/ ١١٣/ب] من الأصل، وما قابله من الربح وهو درهم فيأخذ الثوب باثني عشر درهما؛ لأن هذا ربح على الكل وقد ظهرت خيانته في الكل؛ فيظهر الأثر في الربح جميعا.

ولأبي حنيفة في الفرق بينهما (أن لو لم يحط في التولية لا تبقى تولية)؛ لأن عقد التولية بناء على العقد الأول من كل وجه؛ فلا بد من تقريره بالأول فلا يثبت فيه ما لم يكن ثابتا في العقد الأول، أما المرابحة فمبنية على العقد الأول من وجه لا من كل وجه.

ألا ترى أنهما سَمَّيا فيها ما لم يكن في العقد الأول؛ فلا يجب تقديره بالثمن الأول؛ بل هو عقد مبتدأ باشراه باختيارهما فينعقد بالثمن المسمى، ولهذا لا يحتاج إلى التولية ذكر الثمن، وفي المرابحة؛ لا بد من تسمية الثمن الأول فينعقد بما سمياه، ولأنه (لو لم يحط في المرابحة تبقى مرابحة)؛ لأن الربح فيه أكثر مما ظنه المشتري فلم يتغير التصرف، وإذا أمكن تقرير المرابحة مع اعتبار التسمية اعتبرناها، وأثبتنا الخيار لفوات الرضا كذا في الكافي.

قوله: (فلو هلك قبل أن يرده).

قال الإمام التمرتاشي: من قال بالحط لو هلك المبيع أو استهلكه أو انتقص فله الحط وبه قال الشافعي قولًا واحدًا، وإنما القولان له: فيما إذا كانت

فِي الرِّوَايَاتِ الظَّاهِرَةِ؛ لِأَنَّهُ مُجَرَّدُ خِيَار لَا يُقَابِلُهُ شَيءٌ مِن الثَّمَنِ كَخِيَارِ الرُّؤيَةِ وَالشَّرطِ، بِخِلَافِ خِيَارِ العَيبِ؛ لِأَنَّهُ المُطَالَبَةُ بِتَسلِيمِ الفَائِتِ فَيَسقُطُ مَا يُقَابِلُهُ عِندَ عَجزِهِ.

قَالَ: (وَمَن اشتَرَى ثَوبًا فَبَاعَهُ بِرِبحٍ ثُمَّ اشتَرَاهُ، فَإِن بَاعَهُ مُرَابَحَةً طَرَحَ عَنهُ كُلَّ رِبحٍ كَانَ قَبلَ ذَلِكَ، فَإِن كَانَ استَغرَقَ الثَّمَنَ لَم يَبِعهُ مُرَابَحَة، وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: يَبِيعُهُ مُرَابَحَة عَلَى الثَّمَنِ الأَخِيرِ)(*).

صُورَتُهُ: إِذَا اشتَرَى ثَوبًا بِعَشَرَةٍ وَبَاعَهُ بِخَمسَةَ عَشَرَ ثُمَّ اشتَرَاهُ بِعَشَرَةٍ فَإِنَّهُ ....

السلعة قائمة، ومن قال بالفسخ إذا امتنع لزمه جميع الثمن.

وفي الكافي: لو هلك المبيع قبل أن يرده، أو حدث به ما يمنع الفسخ عند ظهور الخيانة؛ لزمه جميع الثمن المسمى، وسقط خياره عند أبي حنيفة، وهو المشهور من قول محمد.

(لأنه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الشرط والرؤية) وقد تعذر الرد بالهلاك أو غيره؛ فيسقط خياره بخلاف خيار العيب حيث لا يجب كل الثمن؛ بل ينقص منه مقدار العيب؛ لأجل العيب لأن المستحق للمشتري ثم المطالبة بتسليم الجزء الفائت فيسقط ما يقابله إذا عجز عن تسليمه.

وقوله: (في الروايات الظاهرة)؛ احتراز عما روي عن محمد في غير رواية الأصول؛ أنه يفسخ البيع على القيمة إن كانت أقل من الثمن، حتى يندفع الضرر عن المشتري؛ بناء على أصله في مسألة التحالف بعد هلاك السلعة أنه يفسخ بعد التحالف؛ دفعًا للضرر عن المشتري، وترد القيمة ويسترد الثمن كذا هاهنا.

قوله: (طرح)، ويجوز أن يكون بفتح الطاء والراء؛ أي طرح البائع الأول وهو المشتري الثاني (عنه)؛ أي عن ثمن ما اشترى (كل ربح قبل ذلك)؛ أي قبل الربح الذي حصل في الربح الثاني.

وصورته مذكورة في المتن، وبقول أبي حنيفة قال أحمد. (وقالا)؛ أي أبو يوسف ومحمد وبه قال الشافعي ومالك.

(*) الراجح: قول الصاحبين.

يَبِيعُهُ مُرَابَحَة بِخَمسَة وَيَقُولُ: قَامَ عَلَيَّ بِخَمسَةٍ، وَلَو اشتَرَاهُ بِعَشَرَةٍ وَبَاعَهُ بِعِشرِينَ مُرَابَحَةً ثُمَّ اشتَرَاهُ بِعَشَرَةٍ لَا يَبِيعُهُ مُرَابَحَةً أَصلًا، وَعِندَهُمَا: يَبِيعُهُ مُرَابَحَةً عَلَى العَشَرَةِ فِي الفَصلَينِ، لَهُمَا: أَنَّ العَقدَ الثَّانِيَ عَقدٌ مُتَجَدِّدٌ مُنقَطِعُ الأَحكَامِ عَنِ الأَوَّلِ، فَيَجُوزُ بِنَاءُ المُرَابَحَةِ عَلَيهِ، كَمَا إِذَا تَخَلَّلَ ثَالِثٌ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله: أَنَّ شُبهَةَ حُصُولِ الرِّبحِ بِالعَقدِ الثَّانِي ثَابِتَةٌ؛ لِأَنَّهُ يَتَأَكَّدُ بِهِ بَعدَمَا كَانَ عَلَى شَرَفِ السُّقُوطِ بِالظُّهُورِ عَلَى عَيبِ

(**يبيعه مرابحة على الثمن الأخير في الفصلين**).

(**عقد متجدد**) في المبسوط[1]: أنه شراء مستقبل فلا يدخل فيه ما قبله من ربح أو وضيعة. ألا ترى أنه لو كان أصله هبة أو صدقة أو ميراثًا أو وصية ثم اشتراه، كان له أن يبيعه مرابحة على الثمن الأخير، ولا يعتبر لما كان قبله فكذا هذا، وهذا لأن بالشراء الثاني يتجدد له ملك غير الأول؛ لأن ثبوت الحكم بثبوت سببه؛ فإذا كان السبب متجددا فالملك الثابت به كذلك؛ إذ اختلاف الأسباب بمنزلة اختلاف العين على ما عرف.

ولو كان المشترَى في المرة الثانية عين آخر فباعه مرابحة على ما اشتراه يجوز فكذا هذا، وقياسًا بما لو استفاد في المرة الأولى زيادة من العين؛ فإن ذلك لا يمنعه من بيع المرابحة في الشراء الثاني.

(**منقطع الأحكام**) ولهذا لو كان الأول بالخيار يكون الثاني باتًّا، وكذا على العكس.

(**تخلل ثالث**) صورته باعه بعشرين ثم باعه المشتري إلى ثالث، ثم اشتراه البائع الأول بعشرة تجوز المرابحة بعشرة.

(**ولأبي حنيفة شبهة حصول الربح بالعقد**)؛ يعني أن الربح الذي استفاد بالعقد (**على شرف السقوط**) بأن يرده بعيب فإذا اشتراه من المشتري تأكد (**لأنه**)؛ أي ملك الربح الذي كان على شرف السقوط (**يتأكد به**)؛ أي بالعقد الثاني للتأكيد في بعض المواضع حكم الإيجاب، كما في شهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا يضمنون نصف المهر؛ لتأكد ما كان على شرف السقوط؛ لاحتمال أنه يسقط بتقبيل ابن الزوج أو بالارتداد.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ٨٢).

الشُّبهَةِ كَالحَقِيقَةِ فِي بَيعِ المُرَابَحَةِ احتِيَاطًا، وَلِهَذَا لَم تَجُز المُرَابَحَةُ فِيمَا أُخِذَ بِالصُّلحِ لِشُبهَةِ الحَطِيطَةِ، فَيَصِيرُ كَأَنَّهُ اشتَرَى خَمسَةً وَثَوبًا بِعَشَرَة فَيُطرَحُ عَنهُ خَمسَةٌ، بِخِلَافِ مَا إِذَا تَخَلَّلَ ثَالِثٌ؛ لِأَنَّ التَّأكِيدَ حَصَلَ بِغَيرِهِ.

فإذا اعتبرنا التأكيد يصير البائع في مسألتنا مشتريًا بالعقد الثاني **(ثوبًا وخمسة دراهم بالعشرة)**؛ فتكون الخمسة بإزاء الخمسة ويبقى الثوب بالخمسة فيبيعه مرابحة على خمسة.

فإن قيل: لو كان كذلك ينبغي ألا يجوز الشراء بالعشرة فيما إذا [٢/ ١١٤/ أ] بالعشرين؛ لأنه على هذا التقرير يصير في شراء الثاني كأنه اشترى ثوبًا وعشرةً بعشرةٍ؛ فكان فيه شبهة الربا وهي حصول الثوب بلا عوض.

قلنا: للتأكيد شبهة الإيجاب في حق العباد؛ احتراز عن الخيانة على ما ذكرنا لا في حق الشرع، وشرعية جواز المرابحة لمعنى راجع إلى العباد فيؤثر التأكيد في المرابحة، أما جواز البيع وعدمه في شبهة الربا حق الشرع؛ فلا يكون للتأكيد شبهة الإيجاب، كذا نقل عن العلامة مولانا حميد الدين رحمه الله.

وفي الكافي: الربح الأول لم يصر مقابلا بالثمن الثاني حقيقة، وإنما تثبت له شبهة المقابلة من حيث إن للتأكيد شبهًا بالإيجاب، والشبهة تكفي لمنع بيع المرابحة، ولا تكفي لإفساد العقد: لأن العقد في بيع المرابحة لحق العبد لا لحق الشرع، حتى يجوز عند البيان، وإذا رضي المشتري به بعد البيع يجوز.

ولو كان مكان المرابحة مساومة، والمسألة بحالها يجوز، ولا يلزم على هذا ما لو وُهِبَ له ثوب فباعه بعشرة؛ ثم اشتراه بعشرة فإنه يبيعه مرابحة على عشرة؛ لأنه ممنوع في رواية عن أبي حنيفة، ولو سلمنا بقول الثاني إن كان يتأكد انقطاع حق الواهب من الرجوع، لكنه ليس بمال، ولا تثبت هذه الوكادة في عقد يجري فيه الربا، وإنه أيضًا ليس معنى يزداد فيه الثمن، وبخلاف ما إذا باعه بوصيف أو دابة؛ ثم اشتراه بعشرة فإنه يبيعه مرابحة على عشرة، لأنه عاد إليه بما ليس من جنس الوصيف ولا يمكن طرحه إلا باعتبار القيمة، ولا مدخل لذلك في بيع المرابحة.

وبخلاف ما لو تخلل بينهما ثالث؛ لتأكد الربح بالبيع من الثالث ووقوع الأمن عن البطلان به؛ فلم يستفد المشتري الأول بالشراء الثاني تأكد الربح،

قَالَ: (وَإِذَا اشتَرَى العَبدُ المَأذُونُ لَهُ فِي التِّجَارَةِ ثَوبًا بِعَشَرَةٍ، وَعَلَيهِ دَينٌ يُحِيطُ بِرَقَبَتِهِ، ....

وهاهنا بخلافه كذا في بعض الفوائد.

وفي المبسوط[1]: أن مبنى بيع المرابحة على ضم العقود بعضها على بعض؛ فيما يوجب زيادة في الثمن؛ فَلَأَنْ تضم بعض العقود إلى بعض فيما يوجب النقصان من الثمن أولى؛ فإن هذا إلى الاحتياط أقرب، ولكن ضم العقود عند اتحاد جنسها، فأما عند الاختلاف فلا. ألا ترى أنه لو استعان بخياط حتى خاطه لم يلحق بسببه شيئًا برأس المال؛ فكذلك إذا كان العقد الأول هبة أو صدقة أو وصية.

قلنا: لا يضم أحدهما بالآخر: لأن أحدهما تبرع والآخر تجارة؛ فأما إذا اتحد جنس العقود يضم بعضها إلى بعض؛ فينظر إلى حاصل ما غرم فيطرح من ذلك بقدر ما رجع إليه، ويبيعه مرابحة على ما بقي.

وفي هذه المسألة؛ غرم عشرين درهمًا في دفعتين وعاد إليه خمسة عشر درهما فيبيعه مرابحة على خمسة.

وفي المسألة الثانية: رجع إليه مثل ما غرم منه فلم يبق رأس مال يبيعه مرابحة عليه؛ فعلى هذه النكتة لا يرد السؤال المذكور فيما أخذ بالصلح. صورته: إذا كان لرجل على رجل مائة؛ فصالحه على ثوب؛ فأراد أن يبيعه مرابحة على مائة لا يجوز؛ لأن مبنى الصلح على الحط، حتى لو علم المشتري يخير بين الأخذ بكل الثمن وبين الترك كذا ذكره شيخ الإسلام.

قوله: (وعليه دين يحيط برقبته) وفي النهاية: وإنما قيد به؛ لأنه لو لم يكن على العبد دين، وباع من المولى لا يصح؛ لأن هذا البيع لا يفيد للمولى شيئًا لم يكن له قبل البيع؛ لا ملك الرقبة ولا ملك التصرف، كذا وجدت بخط شيخي محالًا إلى شيخ الإسلام خواهر زاده، إلى فائدة هذا القيد أشار العلمان في جامعيهما.

وقال فخر الإسلام: هاهنا تمكنت الشبهة؛ لأن العقد الذي جرى بين المولى والعبد صحيح، لها شبهة العدة لأنه عبده، وإنما صح العقد لقيام الدّين

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ٨٢).

فَبَاعَهُ مِن المَولَى بِخَمسَةَ عَشَرَ، فَإِنَّهُ يَبِيعُهُ مُرَابَحَة عَلَى عَشَرَة، وَكَذَلِكَ إِن كَانَ المَولَى اشتَرَاهُ فَبَاعَهُ مِن العَبدِ) لِأَنَّ فِي هَذَا العَقدِ شُبهَةَ العَدَمِ ....

مع قيام المانع، وهو كون العبد مملوكًا للمولى ولا حكم له.

وقال شمس الأئمة: وأما جواز هذا العقد فلكونه مُقيَّدًا؛ فإن المولى من كسب العبد المديون كأجنبي آخر؛ فبهذا العقد يدخل في كسب العبد ما لم يكن فيه، ويُسلّم للمولى ما لم يكن سالمًا له قبل ذلك.

ولكن ذكر هذه المسألة وأخواتها في المبسوط(١) من غير دين العبد وقال: إذا اشترى شيئًا من أبيه وأمه أو ولده أو مكاتبه أو عبده، أو اشترى العبد أو المكاتب من مولاه شيئًا بثمن قد قام على البائع بأقل منه؛ لم يكن له أن يبيعه مرابحة إلا بالذي قام على البائع من العبد والمكاتب بالاتفاق؛ لأن بيع المرابحة على ما يتيقن بخروجه على ملكه [٢/ ١١٤/ب]؛ لأن كسب [العبد](٢) لمولاه، وما حصل لمكاتبه من وجه كأنه له أيضًا؛ فللمولى حق الملك في كسب المكاتب، وينقلب ذلك حقيقة الملك عند عجزه.

فأما في غير المماليك من الآباء والأولاد والأزواج؛ فكذلك الجواب عند أبي حنيفة، وبه قال أحمد والشافعي في وجه.

وقال أبو يوسف ومحمد: [له](٣) أن يبيعه مرابحة بما اشتراه، وهو قول الشافعي لتباين الأملاك بينهما، وأبو حنيفة يقول: ما يحصل المرء لهؤلاء بمنزلة ما يحصله لنفسه من وجه، ولهذا لا تقبل شهادته لهؤلاء؛ فباعتبار هذا صاروا في حقه كالعبد، وبيع المرابحة يؤخذ فيه بالاحتياط وهو أقل الثمنين كما في المكاتب والعبد.

وقال الشافعي ـ في مسألة العبد المأذون والمكاتب ـ: يحل له أن يخبر عن الثمن الثاني ولكن يكره، وقال بعض أصحابه: لو قصد بذلك زيادة الثمن [كان مُدَلِّسًا مجرمًا](٤)، وإذا بان ذلك كان للمشتري الخيار، وهذا هو الاختيار

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٣/ ٨٨).

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٤) في الأصل: (زيادة الثمن الثاني تدليسًا محترمًا) والمثبت من النسخة الثانية.

بِجَوَازِهِ مَعَ المُنَافِي، فَاعتُبِرَ عَدَمًا فِي حُكمِ المُرَابَحَةِ وَبَقِيَ الاِعتِبَارُ لِلأَوَّلِ، فَيَصِيرُ كَأَنَّ العَبدَ اشتَرَاهُ لِلمَولَى بِعَشَرَة فِي الفَصلِ الأَوَّلِ، وَكَأَنَّهُ يَبِيعُهُ لِلمَولَى فِي الفَصلِ الثَّانِي فَيُعتَبَرُ الثَّمَنُ الأَوَّلُ.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ مَعَ المُضَارِبِ عَشَرَةُ دَرَاهِمَ بِالنِّصفِ، فَاشتَرَى ثَوبًا بِعَشَرَةٍ وَبَاعَهُ مِن رَبِّ المَالِ بِخَمسَةَ عَشَرَ، فَإِنَّهُ يَبِيعُهُ مُرَابَحَة بِاثنَي عَشَرَ وَنِصف) لِأَنَّ هَذَا البَيعَ وَإِن قُضِيَ بِجَوَازِهِ عِندَنَا ....

عنده في هذا الزمان؛ لفساد المعاملات كذا في حلية المؤمن.

قوله: (بجوازه)؛ أي لجواز العقد **(مع المنافي)** وهو كون العبد مملوكًا للمولى كأنه باع ملكه بملك نفسه، وكذا في الشراء وبيع الإنسان من نفسه باطل؛ فإذا بطل البيع الثاني [لا يبيعه مرابحة بالثمن المذكورفي البيع الثاني][(١)]، وإنما يبيع على الثمن المذكور في العقد الأول.

قال الإمام قاضي خان: مال العبد لا يخلو عن حق السيد، ولهذا كان[(٢)] كسب العبد للمولى؛ فكان بائعًا من نفسه، ويقضي الديون من مال نفسه، والمكاتب إذا عجز ورُدَّ إلى الرق كان كسبه للمولى؛ فكان بائعًا من نفسه من وجه وبيع الإنسان من نفسه باطل. **(الأول)**؛ أي العقد الأول في الفصل الأول، وهو إذا ما باعه العبد من مولاه.

(يبيعه للمولى)؛ أي يبيعه مرابحة لأجل المولى في الفصل الثاني وهو ما إذا باعه المولى من عبده.

قوله: (وإن قضى بجوازه عندنا) وعند زفر لا يجوز بيع رب المال من المضارب، ولا بيع المضارب من رب المال، إذا لم يكن في الربح مال لأن البيع تمليك ماله بمال الغير، ولم يوجد هاهنا؛ لأنه يشتري ماله بماله أو يبيعه به.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية، وكان بالأصل: (وإنما يبيع على الثمن المذكور في البيع الثاني).

(٢) بعدها في الأصل: (للمولى) والسياق بدونها أليق.

عِندَ عَدَمِ الرِّبحِ خِلَافًا لِزُفَرَ رَحِمَهُ اللَّهُ مَعَ أَنَّهُ اشتَرَى مَالَهُ بِمَالِهِ، لِمَا فِيهِ مِن استِفَادَةِ وِلَايَةِ التَّصَرُّفِ، وَهُوَ مَقصُودٌ وَالِانعِقَادُ يَتبَعُ الفَائِدَةَ فَفِيهِ شُبهَةُ العَدَمِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ وَكِيلٌ عَنهُ فِي البَيعِ الأَوَّلِ مِن وَجهٍ فَاعتُبِرَ البَيعُ الثَّانِي عَدَمًا فِي حَقِّ نِصفِ الرِّبحِ.

قَالَ: (وَمَن اشتَرَى جَارِيَة فَاعوَرَّت أَو وَطِئَهَا وَهِيَ ثَيِّبٌ، يَبِيعُهَا مُرَابَحَة وَلَا يُبَيِّنُ) لِأَنَّهُ لَم يَحتَبِس عِندَهُ ....

وقلنا: يستفيد كل واحد منهما بهذا العقد ملك اليد، وإن لم يستفد ملك الرقبة فكان مفيدا صحيحًا، وهذا لأن البيع مأخوذ من مدّ الباع سمي به؛ لأن كل واحد يمدّ باعه إلى ما في يد صاحبه بعد البيع، وهذا المعنى موجود هاهنا كذا في الفوائد الظهيرية.

(مع أنه)؛ أي رب المال يشتري ماله بمال نفسه **(لما فيه)**؛ أي في ذلك العقد **(من استفادة ولاية التصرف)**؛ أي ملك اليد؛ لأن رب المال بالتسليم إلى المضارب قطع ولاية التصرف عن ماله، وبالشراء عن المضارب يحصل له ولاية التصرف، ولهذا لو صار مال المضاربة جارية، لا يحل لرب المال وطؤها، وإن لم يكن فيها ربح ذكره التمرتاشي.

وللمضارب حق التصرف، ولهذا لا يملك رب المال منع المضارب عن التصرف، ولهذا لو صار **(ففيه)**؛ أي ففي هذا البيع **(شبهة العدم)**؛ أي عدم الجواز لما ذكرنا من تعليل زفر.

(وقوله ألا ترى أنه)؛ أي المضارب **(وكيل عنه)**؛ أي عن رب المال؛ إيضاح لقوله: **(ففيه شبهة العدم)**؛ لأنه لما كان وكيلا عن رب المال؛ ينبغي ألا يجوز البيع بينهما كما بين الموكل ووكيله فيما وكل فيه.

قوله: **(فاعورَّت)**؛ أي بآفة سماوية بغير فعل أحد.

في المبسوط: اشترى خادمًا فاعْوَرَّت، أو ثوبًا أو طعاما فأصابه عيب عند المشتري بغير فعل أحد؛ فله أن يبيعه مرابحة، ولهذا لو اصفر الثوب أو توسخ أو تكسر لا يمنعه من البيع مرابحة.

(ولا يبين)؛ أي لا يقول إنها سليمة؛ فاعْوَرَّت في يدي أو وُطِئَت. **(لم تحتبس عنده)**؛ أي عند المشتري.

شَيئًا يُقَابِلُهُ الثَّمَنُ؛ لِأَنَّ الأَوصَافَ تَابِعَةٌ لَا يُقَابِلُهَا الثَّمَنُ، وَلِهَذَا لَو فَاتَت قَبلَ التَّسلِيمِ لَا يَسقُطُ شَيءٌ مِن الثَّمَنِ، وَكَذَا مَنَافِعُ البُضعِ لَا يُقَابِلُهَا الثَّمَنُ، وَالمَسأَلَةُ فِيمَا إِذَا لَم يُنقِصهَا الوَطءُ، وَعَن أَبِي يُوسُفَ ﵀ فِي الفَصلِ الأَوَّلِ أَنَّهُ لَا يَبِيعُ مِن غَيرِ بَيَان(*)، كَمَا إِذَا احتَبَسَ بِفِعلِهِ وَهُوَ قَولُ الشَّافِعِيِّ ﵀ ....

في المبسوط(١): أنه غير حابس شيئًا في المعقود عليه؛ فله أن يبيعه مرابحة بلا بيان، كما لو تغير تغير السفر؛ لأن الفائت وصف فيكون بيعًا فلا يقابله شيء من البدل، إذا فات بغير صنع أحد، وإنما البدل كله بمقابلة الأصل، وهو باق على حاله فيبيعه مرابحةً ولهذا لو تصَفَّر الثوب أو توَسَّخ أو تكَسَّر لا يمنعه من البيع مرابحة.

وفي نوادر هشام عن محمد: هذا إذا أنقصه العيب شيئًا يسيرًا؛ فإن نقصه العيب قدر ما لا يتغابن فيه لا يبيعه مرابحة.

فإن قيل: يشكل على قوله: الفائت وصف لا يقابله شيء من الثمن الآجل؛ فلا يبين الأجل لأنه وصف، وعليه أن يبينه إذا اشتراه بالأجل.

قلنا: يعطى في مقابلة الأجل شيء عادة فيكون في مقابلته شيء من الثمن فيكون كالجزء فيلزمه البيان. (لا يقابلها)؛ أي منافع [٢/ ١١٥/أ] البضع (الثمن).

فإن قيل: المستوفى من منافع البضع بمنزلة الجزء، والجزء إذا قصد إتلافه؛ كان له قسط من الثمن بدليل أنه لو اشترى جارية فوطئها، ثم وجد بها عيبًا لم يتمكن من الرد، وإن كانت هي ثيبًا وقت الشراء، ذلك باعتبار أن المشتري بمنزلة احتباس جزء المبيع عند المشتري.

قلنا: عدم جواز الرد باعتبار ما ذكرت غير مسلّم؛ بل المعنى آخر، وهو أنه لو ردها لا يخلو؛ إما أن يردها مع العقر احترازًا عن الوطء مجانًا، أو من غير عقر، لا وجه إلى الأول؛ لأنه تعود الجارية مع زيادة، والفسخ لا يرد على الزيادة، ولا وجه إلى الثاني؛ لأنها تعود إلى قديم ملكه، ويسلم للمشتري الوطء

(*) الراجح: قول أبي يوسف.

(١) المبسوط: للسَّرَخْسِي (١٣/ ٧٩).

(فَأَمَّا إِذَا فَقَأَ عَينَهَا بِنَفسِهِ، أَو فَقَأَهَا أَجنَبِيٌّ ....

بلا عوض باعتبار البيع، وذلك لا يجوز بخلاف الواهب إذا رجع بعد وطء الموهوب له حيث يصح.

ولا يلزم على الموهوب له شيء؛ لأنها تسلم لموهوب له بلا عوض؛ فيجوز أن يسلم له الوطء بلا عوض، ولا يجوز في صورة البيع أن يفسخ البيع، ويسلم للمشتري، أو للبائع زيادة متولدة من العين أو شيء وجب بإتلاف العين كالولد والأرش والعقر فكذا الوطء كذا في الفوائد الظهيرية.

(وعن أبي يوسف في الفصل الأول - وهي ما إذا اعورَّت - (إذا احتبس)؛ أي الشيء الفائت (بفعله)؛ أي بفعل المشتري وهو قول الشافعي وزفر أيضًا، لكنهما اختلفا في التخريج؛ فعند زفر يجب البيان باعتبار أنه لو علم المشتري أنه اشتراه غير معيب بما سمى من البدل؛ لم يلتزم له ربحًا على ذلك ما لم يعين بعدما تعيب.

وأما الشافعي فيقول: وجب البيان بناء على مذهبه أن للأوصاف حصة من الثمن، وأن التعييب بآفة سماوية وبصنع العباد سواء عنده.

وقلنا: (إذا فقأ)؛ أي المشتري (عينها)؛ أي عين الجارية بنفسه (أو فقأها أجنبي) وإنما خص فَقْءَ المعتدي والأجنبي؛ لأنها لو فقأت عينها بنفسها فهو كما [لو][1] فقئت بآفة سماوية.

في المبسوط[2]: لو تعيب المبيع بفعل نفسه يبيعه مرابحة بغير بيان؛ لأن ذلك هدر؛ فلا يكون المشتري حابسًا شيئًا، أما لو تعيب بفعل المشتري؛ فيكون حابسا لجزء المبيع بما أحدث فيه من العيب، وما يكون تبعًا إذا صار مقصودًا بالتناول كان له حصة من الثمن، بخلاف ما إذا تعيب بغير فعل أحد، وكذا لو تعيبه أحد أجنبي بأمر المشتري أو بغير أمره، وبالأمر يصير كفعل المشتري بنفسه، وبغير الأمر جناية موجبة لضمان النقصان عليه؛ فيكون المشتري حابسًا جزءًا من المعقود عليه.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية. (٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ٧٩).

فَأَخَذَ أَرشَهَا، لَم يَبِعهَا مُرَابَحَة حَتَّى يُبَيِّنَ) لِأَنَّهُ صَارَ مَقصُودا بِالإِتلَافِ فَيُقَابِلُهَا شَيءٌ مِن الثَّمَنِ، وَكَذَا إِذَا وَطِئَهَا وَهِيَ بِكرٌ، لِأَنَّ العُذرَةَ جُزءٌ مِن العَينِ يُقَابِلُهَا الثَّمَنُ وَقَد حَبَسَهَا.

(وَلَو اشتَرَى ثَوبًا فَأَصَابَهُ قَرضُ فَأرٍ أَو حَرقُ نَارٍ يَبِيعُهُ مُرَابَحَة مِن غَيرِ بَيَانٍ، وَلَو تَكَسَّرَ بِنَشرِهِ وَطَيِّهِ لَا يَبِيعُهُ مُرَابَحَةً حَتَّى يُبَيِّنَ) وَالمَعنَى مَا بَيَّنَّاهُ.

وذلك يمنع من بيع المرابحة بلا بيان، حتى لو باعه بلا بيان كان للمشتري الخيار، ولو لم يصبه عيب، ولكن أصاب من غلة الدار أو الدابة شيئًا يبيعه مرابحة بلا بيان؛ لأن الغلة غير متولدة من العين فلا يكون حابسًا شيئًا من المبيع، ولأن الغلة بدل المنفعة واستيفاء المنفعة لا يمنع بيع المرابحة؛ لأنه أنفق عليها بإزاء ما زال من المنفعة، وكذا إذا ولدت الجارية أو السائمة أو أثمر النخيل، يبيع الأصل مع الزيادة مرابحة لأنه لم يحبس شيئًا من المعقود عليه.

ولأن نقصان الولادة نقصان بغير فعل، وبإزائه ما يخيره أولى أن لا يمنع، ولو استهلك المشتري الزيادة لم يقع الأصل مرابحة؛ حتى يتبين ما أصاب منها؛ لأنها متولدة من العين فيكون بمنزلة جزء من المبيع، وكذا ألبان الغنم وأصوافها؛ فعنده حكم جزء العين، وعند الشافعي يبيعها مرابحة بلا بيان؛ لأن الزيادة المنفصلة عنده بمنزلة الغلة، الكل من المبسوط.

قوله: (**أخذ أرشها**) ذكر أخذ الأرش وقع اتفاقا؛ لأن بِفَقْئ الأجنبي يجب الضمان ووجوب البيان عليه؛ إذ التعيب بصنع العباد موجب البيان، وإن لم يوجد الأرش، والدليل إطلاق المبسوط من غير تعرض أخذ الأرش كما ذكرنا.

(**قرض فأرٍ**) من قرض الثوب قطعه بالمقراض.

وفي الفوائد الظهيرية: قرض فأر بالفاء المعجمة من فوقها بواحدة، نص على هذا أبو اليسر، ونص غيره بالقاف، والمعنى أن في هاتين الصورتين ما بيناه، وهو أن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن في حق قرض الفأر، وفي حق تكسر الثوب؛ صار مقصودًا بالإتلاف فصار كأنه حبسه بفعله.

قوله: (**ومن اشترى غلامًا...**) إلى آخره وبقولنا قال الشافعي وأحمد.

وقال الأوزاعي: يثبت الأجل في حق المشتري لأنه باعه.

قَالَ: **(وَمَن اشتَرَى غُلَامًا بِألفِ دِرهَم نَسِيئَةً، فَبَاعَهُ بِربِحِ مِائَة وَلَم يُبَيِّن، فَعَلِمَ المُشتَرِي، فَإِن شَاءَ رَدَّهُ، وَإِن شَاءَ قَبِلَ)**؛ لِأَنَّ لِلأَجَلِ شَبَهًا بِالمَبِيعِ؛ أَلَا يُرَى أَنَّهُ يُزَادُ فِي الثَّمَنِ لِأَجلِ الأَجَلِ، وَالشُّبهَةُ فِي هَذَا مُلحَقَةٌ بِالحَقِيقَةِ، فَصَارَ كَأَنَّهُ اشتَرَى شَيئَينِ وَبَاعَ أَحَدَهُمَا مُرَابَحَة بِثَمَنِهِمَا، وَالإِقدَامُ عَلَى المُرَابَحَةِ يُوجِبُ السَّلَامَةَ عَن مِثلِ هَذِهِ الخِيَانَةِ، فَإِذَا ظَهَرَتْ يُخَيَّرُ كَمَا فِي العَيبِ **(وَإِن استَهلَكَهُ ثُمَّ عَلِمَ لَزِمَهُ بِألفٍ وَمِائَةٍ)**؛ لِأَنَّ الأَجَلَ لَا يُقَابِلُهُ شَيءٌ مِن الثَّمَنِ، قَالَ: **(فَإِن كَانَ**

وقلنا: الأجل يثبت بالشرط وما وجد الشرط بينهما؛ لأن الأجل بينهما[(١)] بالمبيع، وذلك لأن الدين المؤجل كالتأويل[(٢)] لهذا المعنى.

إذا شهد [٢/ ١١٥/ ب] شاهدان على رجل بتأجيل الدين وقضى القاضي بذلك ثم رجعا؛ يضمنان ذلك الدين؛ لأن المؤجل غير منتفع به؛ فيصير من وجه كأنه ملك هذا الشيء بلا ثمن؛ فلا يكون له أن يبيعه مرابحة، ولأن المشتري لو علم بذلك، عسى لا يرضى بشرائه بذلك الثمن الذي اشتراه بائعه فضلا من المرابحة؛ فلا يجوز البيع ما لم يتبين.

وفي المبسوط[(٣)]: لأن المؤجل أنقص من المالية من الحال، ولهذا حرم الشرع النَّسَاء عند وجود أحد الوصفين للوصف الخالي عن المقابلة حكما؛ فإذا باعه وكتم ذلك؛ فالمشتري بالخيار إذا علم التدليس الموجود عن البائع.

قوله: (**هذا**)؛ أي في عقد المرابحة (**بثمنهما**) أي على ثمنهما والباء بمعنى على (**لزمه**)؛ أي لزم المبيع على المشتري فلا يرجع بشيء؛ (**لأن الأجل لا يقابله شيء من الثمن**)؛ أي حقيقة، وبه صرح الإمام قاضي خان؛ يعني إذا لم يذكر زيادة الثمن بمقابلة الأجل عملًا بجانب الأجل.

وفي المبسوط[(٤)] والفوائد الظهيرية: ولو استهلك المبيع أو هلك عنده؛ بطل خياره لتعذر الرد كخيار الرؤية، والشرط فرق بين هذا وبين خيار العيب إذا

---

(١) في الأصل: (شبها) والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) كذا بالأصل، وفي النسخة الثانية: (كالتاوي).
(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ٧٨).
(٤) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ٧٨).

وَلَّاهُ إِيَّاهُ وَلَم يُبَيِّن رَدَّهُ إن شَاءَ)؛ لِأَنَّ الخِيَانَةَ فِي التَّولِيَةِ مِثلُهَا فِي المُرَابَحَةِ؛ لِأَنَّهُ بِنَاء عَلَى الثَّمَنِ الأَوَّلِ **(وَإِن كَانَ استَهلَكَهُ ثُمَّ عَلِمَ لَزِمَهُ بِأَلف حَالَّة)** لِمَا ذَكَرنَاهُ، وَعَن أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ: أَنَّهُ يَرُدُّ القِيمَةَ وَيَستَرِدُّ كُلَّ الثَّمَنِ، وَهُوَ نَظِيرُ مَا إِذَا استَوفَى الزُّيُوفَ مَكَانَ الجِيَادِ وَعَلِمَ بَعدَ الِاتِّفَاقِ، وَسَيَأتِيك مِن بَعدُ إن شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، وَقِيلَ: يُقَوَّمُ بِثَمَن حَالٍّ وَبِثَمَن مُؤَجَّل فَيَرجِعُ بِفَضلِ مَا بَينَهُمَا، وَلَو لَم يَكُن الأَجَلُ مَشرُوطًا فِي العَقدِ، وَلَكِنَّهُ مُنَجَّمٌ مُعتَادٌ، قِيلَ: لَا بُدَّ مِن بَيَانِهِ؛ لِأَنَّ المَعرُوفَ كَالمَشرُوطِ، وَقِيلَ: يَبِيعُهُ وَلَا يُبَيِّنُهُ؛ لِأَنَّ الثَّمَنَ حَالٌّ.

هلك عند المشتري حيث يرجع النقصان. والفرق؛ أنه لو رجع المشتري على البائع يبقى بعض السلعة عند البائع وهو الجزء الفائت، وهاهنا لا.

قال القاضي الإمام ظهير الدين: نظير هذا، ما سئل والدي عن رجل اشترى ثوبًا على أنه عشرة أذرع بعشرة دراهم؛ فوجده تسعة أذرع يخير المشتري؛ فإن اختار الرد فهلك قبل أن يرده هل يرجع بالنقصان؟ قال: يرجع وما أشرنا من الفرق هاهنا دليل عليه كذا في الخبازية.

(ولّاه إياه)؛ أي عقد عقد التولية، **(وإن كان استهلكه)**؛ أي في باب التولية **(ثم علم)**؛ أي الأجل **(لما ذكرنا)**؛ أي في المرابحة أن الأجل لا يقابله شيء من الثمن حقيقة.

وفي المحيط: ثم في الأجل المشروط، ثم إذا باعه بلا بيان وعلم به المشتري فله الخيار؛ لأن الخيانة في التولية وشبهها مثلهما في المرابحة، ولأن مبنى المرابحة والتولية على الأمانة.

(وعن أبي يوسف...) إلى آخره.

وفي المبسوط[1]: وعن محمد أنه يرد قيمة المبيع ويرجع بالثمن إن شاء، وهو صحيح على أصله؛ فإنه جوز فسخ العقد بسبب التحالف على القيمة بعد هلاك السلعة، وجعل رد القيمة عند تعذر رد العين كرد العين، وإن كان ذلك

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ٧٨).

....

باعتبار معنى الثمن فهذا مثله، والمعنى في الكل تحقق الحاجة إلى دفع الضرر عن المشتري، وهذا بخلاف العيب بين الثمن إذا تعذر الرد، وهاهنا الثابت له مجرد خيار، والخيار ليس بمال، وكذلك ولو استهلك بعضه فليس له أن يرد الباقي منه؛ لما فيه من تفريق الصفقة على البائع، ولا يرجع في شيء من الثمن بسلامة المبيع كما استحقه.

وقيل: يقوم وهذا القول قول أبي حنيفة في الكافي، وكان الفقيه أبو جعفر يختار للفتوى؛ أن يقوم المبيع بثمن حالٍّ وبثمن مؤجل؛ فيرجع المشتري على البائع بفضل ما بينهما عملًا بعادة الناس، وهذا إذا كان الأجل مشروطًا في العقد، ولو لم يكن مشروطًا فيه، ولكنه مرسوم متعارف كما هو الرسم بين التجار، ألا يطالبوا بالثمن جملة؛ بل المشتري يؤدي الثمن مؤجلًا في كل أسبوع.

ثم إن المشتري باعه مرابحة فقيل: لا بد من بيانه لأن المعروف كالمشروط بنص العاقدين، ولو كان الأجل مشروطًا لا يبيعه مرابحة بلا بيان فكذا إذا كان متعارفًا. والجمهور على أنه يبيعه مرابحة بلا بيان؛ لأن الثمن حال، ولئن سامحه البائع واستوفى الثمن منجَّمًا لا يخرج من أن يكون محالًا.

قال صاحب المحيط: في ذكر الخيار في الأجل المشروط رواية فيمن اشترى شيئًا، وصار مغبونًا غبنًا فاحشًا؛ أن له أن يرده على البائع بحكم الغبن.

قال القاضي أبو علي النسفي: فيه روايتان عن أصحابنا، ويفتى برواية الرد رفقا بالناس، وكان صدر الإسلام يفتي بأن البائع إن قال للمشتري: قيمة متاعي كذا أو قال متاعي يساوي كذا فاشترى بناء على ذلك، وظهر بخلافه له الرد بحكم التغرير، وإن لم يقل ذلك فليس له الرد، وبعضهم كانوا يفتون بالرد بكل حال، والصحيح أن يفتى بالرد إذا وجد التغرير، بدونه لا يفتى بالرد، وهكذا ذكر في القنية؛ فالبيع فاسد لجهالة الثمن.

وبه قال الشافعي في أصح الوجهين، والوجه الثاني؛ أنه لا يفسد البيع؛ لأن الثمن فيه على بقاء الثمن الأول والرجوع إليه سهل، كذا في شرح الوجيز.

قَالَ: (وَمَن وَلَّى رَجُلًا شَيئًا بِمَا قَامَ عَلَيهِ، وَلَم يَعلَم المُشتَرِي بِكَم قَامَ عَلَيهِ فَالبَيعُ فَاسِدٌ) لِجَهَالَةِ الثَّمَنِ (فَإِن أَعلَمَهُ البَائِعُ - يَعنِي فِي المَجلِسِ - فَهُوَ بِالخِيَارِ، إِن شَاءَ أَخَذَهُ وَإِن شَاءَ تَرَكَهُ) لِأَنَّ الفَسَادَ لَم يَتَقَرَّر، فَإِذَا حَصَلَ العِلمُ فِي المَجلِسِ جُعِلَ كَابتِدَاءِ العَقدِ وَصَارَ كَتَأخِيرِ القَبُولِ إِلَى آخِرِ المَجلِسِ وَبَعدَ الِافتِرَاقِ قَد تَقَرَّرَ فَلَا يُقبَلُ الإِصلَاحُ، وَنَظِيرُهُ بَيعُ الشَّيءِ بِرَقمِهِ إِذَا عَلِمَ فِي المَجلِسِ، وَإِنَّمَا يَتَخَيَّرُ؛ لِأَنَّ الرِّضَا لَم يَتِمَّ قَبلَهُ لِعَدَمِ العِلمِ فَيَتَخَيَّرُ كَمَا فِي خِيَارِ الرُّؤيَةِ.

(**فإن أعلمه**)؛ أي [٢/١١٦//أ] المشتري البائع صح البيع، وبه قال الشافعي في وجه، وفي وجه قال: لا ينقلب صحيحًا بعد ما انعقد فاسدًا، وللمشتري الخيار؛ لأن جهالة الثمن فساد في صلب العقد، إلا أنه في مجلس العقد غير متقرر؛ لأن ساعات المجلس كساعة واحدة دفعًا للعسر وتحقيقًا لليسر.

(**فصار**) التأخير إلى آخر المجلس عفوًا، (**كتأخير القبول**) فإن القبول في (**آخر المجلس**) يرتبط بالإيجاب، وإن تخلّلت بينهما ساعات؛ فكذا العلم الحاصل في آخر المجلس كالعلم الحاصل في أوله فيصح على تقدير الابتداء. فأما (**بعد الافتراق**) فإصلاح لا ابتداء لتقرر الفساد بالافتراق وهذا فساد لا يحتمل الإصلاح كذا في الكافي.

(**برقمه**) بسكون القاف، صورته أن التاجر يرقم الثياب؛ أي يعلمها بعلامة بأن ثمنها كذا فيبيع بذلك الثمن الذي هو معلوم للبائع غير معلوم للمشتري، ثم لو علم المشتري بقدر ذلك الثمن في ذلك المجلس، وإن كان بعد القبول يصح البيع، ويجعل كأنه علم وقت القبول لاتحاد المجلس، ولو علم بعد الافتراق لا يصح.

(**وإنما يتخير**)؛ أي المشتري لخلل في الرضا (**لأن الرضا لم يتكامل قبله**)؛ أي قبل العلم بمقدار الثمن كما لا يتكامل بعد الرؤية للجهل بصفاته؛ فورود الشرع بإثبات الخيار، ثم ورد هاهنا.

فإن قيل: ينبغي أن لا يكون للمشتري الخيار فيما ذكرنا، أن الموجود في

....

آخر المجلس حتى يجعل كالموجود في أوله.

قلنا: نعم الموجود في آخره كالموجود في أوله، والرضا غير موجود في آخر المجلس حتى يجعل كالموجود في أوله؛ فلهذا كان له الخيار كذا في الكافي.

وفي المجتبى: باع بربح (ده يازدة)، ولم يعلم المشتري ما اشترى به يفسد البيع، حتى يعلم فيختار أو يدع في رواية ابن رستم عن محمد، وبه قال الشافعي في قول، وقال في قول: يصح البيع لإمكان معرفته بالرجوع، وعلى هذا القول، لو أخبره به في مجلس العقد جعل كأنه أخبره به حالة العقد؛ لأن المجلس يجعل كساعة واحدة في الشرع كذا في تتمتهم، وفي رواية ابن سماعة عن محمد؛ أنه جائز، وتأويله أنه موقوف في حق وصف الجواز.

مسائل تتعلق بهذا الباب

في المبسوط[1]: اشترى نصف عبد بمائة، واشترى آخر نصفه بمائتي درهم، ثم باعه مرابحة أو تولية أو وضيعة؛ فالثمن بينهما أثلاثًا، بخلاف ما لو باعه مساومة حيث يكون بينهما أيضًا؛ لأن المسمى فيه بمقابلة الملك، ولهذا استوى فيه المشتري والموهوب له، وملكهما في العبد والثمن في المرابحة والتولية والوضيعة؛ مبني على الثمن الأول فاختص هذه العقود بالمشتري.

ولو باع المتاع مرابحة ثم حط البائع الأول شيئًا من الثمن؛ فإنه يحط ذلك من المشتري الآخر، وحصته من الربح، ولو كان ولَّاه حط ذلك عندنا. وقال زفر والشافعي: لا يحط عن الثاني شيء بهذا السبب.

وأصل المسألة؛ أن الزيادة في الثمن والمثمن على سبيل الالتحاق عندنا من العاقد أو الأجنبي، وكذا حط الثمن عندنا، ويثبت ذلك في حق الشفيع والموكل أيضًا عندنا خلافًا لهما.

ولو اشترى عبدًا بألف فوهب البائع الثمن كله يبيعه مرابحة على الألف،

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ٨٣).

....

وكذا في التولية ولو وهب بعضه أو حط بعضه يبيعه مرابحة بما بقي لما بينا في حكم الالتحاق.

ولو اشترى بدراهم جياد ونقد الزيوف، وتجوَّز البائع يبيعه مرابحة على الجياد، ولو باعه بالثمن عرضًا أو أعطاه رهنًا فهلك الرهن؛ فله بيعه مرابحة بالألف، ولو اشترى الرجلان على زطي بألف فاقتسماه فليس لواحد منهما أن يبيع نصيبه مرابحة؛ لأن القسمة فيما يتفاوت في معنى المعاوضة.

ولو اشترى طعامًا فأكل نصفه؛ فله بيع النصف الباقي مرابحة على نصف الثمن، وكذا كل مكيل أو موزون؛ إذا كان صنفًا واحدًا؛ لأنه مما لا يتفاوت، وإن كان مختلفا لا يبيع الباقي مرابحة؛ لأن الانقسام هاهنا باعتبار القيمة، ومعرفتها بالحزر والظن.

وكذا الثوب الواحد إذا ذهب نصفه أو احترق، أو أحرقه إنسان أو باعه أو وهب، لا يبيع الباقي مرابحة على الثمن الأول؛ لأن الانقسام باعتبار الذرعان، والذرع في الثوب صفة، والانقسام لا يكون باعتبار الأوصاف، وكذا الثوبان إذا اشتراهما صفقة واحدة، لا يبيع أحدهما مرابحة؛ لما ذكرنا أن الانقسام باعتبار القيمة.

ولو اشترى عِدلًا بكذا كل ثوب بكذا؛ فله بيع كل ثوب مرابحة عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمد: لا يبيع [٢/١١٦/ب] أحدهما حتى يتبين أنه اشتراه مع غيره، ولو اشترى نصف عبد بمائة ثم اشترى النصف بمائتين؛ فله أن يبيع أي النصفين شاء مرابحة على ما اشتراه، وإن شاء باع كله مرابحة على ثلاثمائة، الكل من المبسوط[(١)].

وفي الإيضاح: وإن باع البعض مشاعًا مرابحةً بما لا يكال ولا يوزن، ولا يعد أو يعد وهو متفاوت جاز؛ لأن حصة المشاع معلومة، ولو باع بعضها معيّنًا لا يجوز، ولو اشترى رجلان مكيلًا أو موزونًا واقتسما جاز لكل واحد أن يبيع حصته مرابحة.

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ٨٧).

فَصْلٌ: فِيمَا يُنْقَلُ وَيُحَوَّلُ

(وَمَن اشتَرَى شَيْئًا مِمَّا يُنقَلُ وَيُحَوَّلُ لَم يَجُز لَهُ بَيعُهُ حَتَّى يَقبِضَهُ)، لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «نَهَى عَن بَيعِ مَا لَم يُقبَض» ....

ولو أسلم عشرة دراهم في ثوبين ووصفهما، لا يبيع أحدهما مرابحة عند أبي حنيفة، وعندهما يجوز.

ولو اشترى ثوبًا بعشرة فباعه بوضيعة (ياه يازده)؛ فإنك تجعل درهم من رأس المال أحد عشر جزءًا فتكون الجملة مائة وعشرة، وسقط عشرة لأنه شرط عشرة من أحد عشر؛ فبقي مائة جزء يكون كل درهم على أحد عشر جزءًا؛ فيأخذ من ذلك عشرة أجزاء فيصير جملة الثمن تسعة دراهم وجزءًا من أحد عشر جزءًا؛ فتكون الجملة مائة وعشرين، وسقط منها عشرين جزءًا؛ فيبقى مائة يأخذ لكل اثني عشر درهمًا؛ فيكون الثمن ثمانية دراهم وثلث، وعلى هذا جميع هذا النوع والله أعلم.

فصل: فيما ينقل ويحول

قوله: (لم يجز له بيعه) وقيد بالبيع، ولم يقل لم يجز أن يتصرف به لتقع المسألة على الاتفاق.

وقال مالك: تجوز جميع التصرفات فيه قبل القبض في غير الطعام؛ لأنه ﷺ خص الطعام بالذكر عند النهي بقوله: **«مَن ابتاعَ طعامًا فلا يبيعُهُ حتّى يَقبِضَهُ»**[1] فدل على تخصيص الحكم، وإلا فليس لهذا التخصيص فائدة وكذا المشروب عنده.

وقلنا: التخصيص بالشيء لا يدل على نفي الحكم فيما عداه كيف وراوي الحديث ابن عباس، وهو قال بعد روايته: أحسب كل شيء مثله.

وقال أحمد: لو كان المبيع مكيلًا أو موزونًا أو معدودًا؛ لم يجز بيعه قبل القبض وفي غيره يجوز.

(نهى عن بيع ما لم يقبض) روي أنه ﷺ قال لحكيم بن حزام: **«إذا ابتعْتَ**

---

(١) أخرجه البخاري (٣/ ٦٨ رقم ٢١٣٣) ومسلم (٣/ ١١٦١ رقم ١٥٢٦) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

وَلِأَنَّ فِيهِ غَرَرَ انفِسَاخِ العَقدِ عَلَى اعتِبَارِ الهَلَاكِ.

(وَيَجُوزُ بَيعُ العَقَارِ قَبلَ القَبضِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ لَا يَجُوزُ) رُجُوعًا إِلَى إِطلَاقِ الحَدِيثِ وَاعتِبَارًا بِالمَنقُولِ وَصَارَ كَالإِجَارَةِ، وَلَهُمَا: أَنَّ

شيئًا فلا تَبِعْهُ حتّى تَقبِضَهُ»[1] وقال لعتاب ابن أسيد ـ حين بعثه إلى مكة أميرًا ـ: **«انْهَهُمْ عَن أربعٍ؛ عن بيعِ ما لَم يُقْبَضْ»**[2].

(غرر وانفساخ العقد)؛ أي العقد الثاني والأول؛ لأنه لو هلك قبل القبض يهلك من مال البائع الأول؛ فيكون بائعًا من مال غيره من وجه.

فإن قيل: غرر الانفساخ فيه بعد القبض متوهم أيضًا، على تقدير ظهور الاستحقاق مع أنه يجوز البيع هناك.

قلنا: لو قلنا به يلزم انسداد البيع؛ فلا يمكن الاحتراز عنه.

فإن قيل: هذا نهي عن البيع باعتبار معنى مجاور؛ فينبغي ألا تنعدم المشروعية كالبيع وقت النداء.

قلنا: عدم جوازه باعتبار أنه مملوك أو غير مملوك للمشتري على تقدير الهلاك فيكون المعنى، وهو الغرر في المبيع لا مجاور كذا في الفوائد الجنية.

وقال محمد: لا يجوز، وبه قال زفر والشافعي وأحمد وأبو حنيفة أولا **(لإطلاق الحديث)** وهو قوله ﷺ: **«إذا ابتَعْتَ شَيئًا...»**[3] وقوله ﷺ: **«عن بَيعِ ما لَم يُقبَضْ»**[4] فإن كلمة ما للتعميم فيما لا يعقل، ولم يلحقه خصوص فلا يجوز تخصيصه بالقياس.

(واعتبارا)؛ أي بالقياس عليه لأنه مبيع لم يقبض فلا يجوز بيعه كالمنقول، وهذا لأن البيع لم يشرع إلا بالقدرة على التسليم، وذا يكون باليد ولا يد للمشتري على المبيع قبل القبض؛ فلا يقدر على تسليمه فلا يصح بيعه، ولا

---

(١) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/ ٤١ رقم ٥٦٤٥) وبنحوه أخرجه النسائي (٧/ ٢٨٦ رقم ٤٦٠٣) من حديث حكيم بن حزام رضي الله عنه، وصححه ابن حبان (١١/ ٣٥٨ رقم ٤٩٨٣).

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٥/ ٣١٣ رقم ١٠٩٩٥) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما وقال: تفرد به يحيى بن صالح الأيلي، وهو منكر بهذا الإسناد.

(٣) تقدم تخريجه قريبا.

(٤) تقدم تخريجه قريبا.

رُكنَ البَيعِ صَدَرَ مِن أَهلِهِ فِي مَحِلِّهِ، وَلَا غَرَرَ فِيهِ؛ لِأَنَّ الهَلَاكَ فِي العَقَارِ نَادِرٌ،

يجوز للمشتري أن يؤجر الدار المشتراة قبل القبض لأنه ﷺ نهى عن ربح ما لم يضمن.

وبيع العقار قبل القبض بأكثر مما اشترى فيه ربح ما لم يضمن، ولأن السبب وهو البيع لا يتم إلا بالقبض، ولهذا جعل الحادث بعد العقد قبل القبض كالموجود قبل القبض وقت العقد، والملك إنما يتأكد بتأكد السبب، وفي هذا المنقول والعقار سواء، ولهذا العقار والمنقول قبل القبض مضمون لغيره، وهو الثمن حتى لو استحق أو تصور بالهلاك فيهما يسقط الثمن، كذا في المبسوط والكافي.

ثم قال محمد: كل تصرف لا يتم إلا بالقبض؛ فهو جائز في البيع قبل القبض إذا سلطه على القبض فقبضه؛ لأن تمام هذا العقد بالقبض، والمانع زائل عند ذلك، بخلاف البيع والإجارة؛ فإنه يلزم بنفسه بلا قبض، وقاس هذا بهبة الدين من غير من عليه الدين؛ فإنها تجوز إذا سلطه على القبض بخلاف البيع حيث لا يجوز.

وأبو يوسف يقول: البيع أسرع نفاذًا من الهبة؛ بدليل أن الشيوع فيما [٢/١١٧/أ] يحتمل القسمة يمنع تمام الهبة دون البيع، ثم البيع قبل القبض لا يجوز؛ لأنه تمليك لعين ما ملكه في حال قيام الغرر في ملكه؛ فالهبة أولى لأن الهبة في استدعاء الملك أقوى من البيع، حتى يجوز البيع من المكاتب والمأذون له دون الهبة كذا في المبسوط.

(ولهما) أي لأبي حنيفة وأبي يوسف (أن ركني البيع) هو الإيجاب والقبول (صدر من أهله)؛ أي من العاقل والبالغ (من[1] محله) وهو المال المملوك (**ولا غرر فيه**)؛ لأنه لا يتوهم (**انفساخ العقد**) منه بالهلاك وهو مقدور التسليم فيصح بيعه كالمملوك، وهذا (**لأن هلاك العقار نادر**) إذ لا يمكن تعيينه ليصير مالكًا حُكمًا، وإنما يثبت له صفة الهلاك إذا صار بحرًا، وهذا أبعد من استحقاق

---

(١) كذا في النسخ، والذي في المتن (في).

بِخِلَافِ المَنقُولِ، وَالغَرَرَ المَنهِيَّ عَنهُ غَرَرُ انفِسَاخِ العَقدِ، وَالحَدِيثُ مَعلُولٌ بِهِ عَمَلًا

المنقول بعد القبض، وهذا التوهم بعد القبض لا يمنع؛ فهذا أولى.

(بخلاف المنقول)؛ لتوهم انفساخ العقد فيه بهلاكه فتبين أنه باع ما لا يملكه فيتمكن فيه غرر، وقد نهى ﷺ عن بيع ما فيه غرر.

ولهذا قال بعض مشايخنا: جواب أبي حنيفة[1]في موضع لا يخشى عليه أن يصير بحرًا، أو تغلب عليه الرمال؛ فأما في موضع لا يؤمن عليه ذلك فلا يجوز كذا في المنقول كذا ذكره الإمام المحبوبي.

فإن قيل: هذا التعليل مخالف لمطلق النص؛ فكان مطلقه يتناول العقار كما بَيَّنَّا.

قلنا: الحديث مخصوص؛ فإن بيع عقد المهر وبدل الخلع والصلح عن دم العمد، والميراث والثمن قبل القبض يصح بالاتفاق؛ لما أنه لا يتوهم انفساخ العقد بالهلاك؛ فكذا لا يتوهم انفساخ العقد هنا لما ذكرنا؛ فحينئذ يجوز تخصيصه بالقياس.

والدليل عليه بثبوت حق الشفعة قبل القبض، والشفيع يتملك ببدل؛ فلو كان العقار قبل القبض لا يحتمل التمليك ببدل، لما جاز للشفيع الأخذ بالشفعة قبل القبض، وللشافعي في الأخذ بالشفعة قبل القبض وجهان: في وجه لا يصح، وفي وجه هو الأصح يصح، على أنه لم يتناول المتنازع إذ لا يتأتى فيه القبض الحقيقي؛ لأنه يكون بالنقل فتكون المسألة مبنية على الاختلاف في غصب العقار، كذا في المبسوط[2] والكافي.

فإن قيل: يتوهم انفساخ العقد بالرد بالعيب وذلك غير نادر.

قلنا: لا يتوهم الانفساخ بالرد حتى جاز البيع فيه قبل القبض؛ لأنه على تقدير جواز البيع قبل القبض، يصير ملكًا للمشتري، وحينئذ لا يملك المشتري الأول الرد بالعيب؛ فلا يتوهم الانفساخ فيه حينئذ، كذا في الفوائد الظهيرية.

قوله: (والحديث معلول به)؛ أي بذلك الغرر في الملك بدليل جواز

(١) بعدها في الأصل: (موضع لا يخفى) والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ١٠).

بِدَلَائِلِ الجَوَازِ وَالإِجَارَةِ، قِيلَ: ....

التصرف في الثمن والمهر؛ لأنه غرر في الملك؛ لأن بالهلاك لا يبطل ملكها عندنا، ولكن على الزوج ثمنه لها، ولهذا يتعذر التصرف الذي لا يمتنع بالغرر في المبيع قبل القبض وهو العتق والتزوج.

وبه قال الشافعي، وللشافعي قولان في ذلك؛ قال في القديم على الزوج القيمة، وقال في الجديد: تبطل القسمة بالهلاك؛ فعلى هذا لا يجوز فيه التصرف لبقاء الغرر في الملك، وكذا القولان له في بدل الخلع، وفي بدل الخلع من مال.

وبه يتبين فساد قولهم: أن تأكد الملك بتأكد السبب، وذلك بالقبض لأنا نقول في العتق؛ استدعاء الملك التام فوق البيع قبل القبض.

وأما قولهم: إنه يدخل في ضمان المشتري بالقبض.

قلنا: شرط صحة التصرف أصل الملك دون الضمان؛ بدليل جواز التصرف في الموهوب قبل القبض، وكذلك القدرة على التسليم كما ثبتت بيده يثبت بيد غيره إذا لم يمنعه مانع.

فإن قيل: لو كان شرط صحة التصرف أصل الملك، ينبغي أن يجوز التصرف في المسلم فيه قبل القبض.

قلنا: أثبتنا الملك المطلق للتصرف دون سائر الشروط؛ فمن الشرائط: العينية، وجواز السلم رخصة بخلاف، ومن الشرائط: الكيل فيما اشتراه مكايلة؛ فلا يجوز التصرف قبل أن يكيله وإن كان قبضه كذا في المبسوط[1] بخلاف (**دلائل الجواز**) ودليله صدور التصرف من أهله مضافًا إلى محله، وقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة:٢٧٥] الآية والحديث.

والحاصل فيه المطلق للتصرف هو الملك وقد وجد، ولكن الاحتراز عن الغرر واجب مهما أمكن؛ فإذا كان يتوهم غرر الانفساخ بهلاك المعقود عليه، لم يجز بناء عقد آخر عليه، وإذا لم يتوهم غرر الانفساخ انتفى المانع فجاز العقد، ولهذا المعنى جوز أبو حنيفة بيع العقار قبل القبض.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ١٠).

عَلَى هَذَا الخِلَافِ؛ وَلَو سَلَّمَ فَالمَعقُودُ عَلَيهِ فِي الإِجَارَةِ المَنَافِعُ وَهَلَاكُهَا غَيرُ نَادِرٍ.

(قيل: على هذا الخلاف) وفي الإيضاح: ما لا يجوز بيعه قبل القبض لا يجوز إجارته؛ لأن صحة الإجارة بملك الرقبة [٢/ ١١٧/ ب] فإذا ملك التصرف في الرقبة، ملك التصرف في التبايع وما لا فلا.

وفي الفوائد الظهيرية: وقيل: الإجارة لا تجوز بلا خلاف وهو الصحيح؛ لأن المنافع بمنزلة المنقول، والإجارة تمليك المنافع؛ فيمنع جوازها لذلك. وفي الكافي: وعليه الفتوى

وقوله: (ولو سلم...) إلى آخره، قيل: كان هذا في نسخة المصنف، ثم لا بد من المبيع.

في المجتبى: في المحيط: كل ما لا يتعين بالعقد فهو مبيع وما لا يتعين ثمن؛ فالدراهم والدنانير أثمان أبدا، والمثليات كالمكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة، إذا قوبلت بالدراهم أو الدنانير فمبيعة، وإن قوبلت بالأعيان وهي معينة فثمن ومبيع، وإن لم تكن معينة فثمن إن استعملت استعمال الأثمان، وإلا فمبيع كمن قال: اشتريت كُرًّا من الحنطة بهذا العبد فلا يصح إلّا بشرائط السلم.

وقيل: المثليات إذا لم تكن معينة، وقوبلت بغيرها؛ فثمن مطلقًا دخل عليها الباء أو لا.

إذا عرفت هذا؛ فالمبيع لو كان منقولًا لا يجوز بيعه بالإجماع قبل القبض، وكذا الأجرة إذا كانت عينا، وبدل الصلح عن الدين والمهر، وبدل الخلع والصلح عن دم العمد؛ إذا كانت عينا يجوز بيعها وإجارتها قبل القبض، ولو تصدق بالمبيع المنقول أو الأجرة أو أقرض أو أوصى أو وهب جاز عند محمد خلافًا لأبي يوسف.

وأما العقار إذا تملك بالشراء أو الإجارة أو الصلح عن الدين يجوز التصرف فيه قبل القبض.

وعند محمد وزفر والشافعي: لا يجوز.

ولو وهب جاز بالاتفاق، ولو أعار المنقول من البائع لا يجوز، ولو

قَالَ: (وَمَن اشتَرَى مَكِيلًا مُكَايَلَةً أَو مَوزُونًا مُوَازَنَة فَاكتَالَهُ أَو اتَّزَنَهُ ثُمَّ بَاعَهُ مُكَايَلَةً أَو مُوَازَنَةً لَم يَجُز لِلمُشتَرِي مِنهُ أَن يَبِيعَهُ وَلَا أَن يَأكُلَهُ حَتَّى يُعِيدَ الكَيلَ

عَطِبَ؛ فمن مال البائع وإن أعاره من أجنبي، وأمره بقبضه وقبضه صح، ولو باعه من بائعه أو أجَّره لم يصح، وأما الأثمان فالتصرف فيها قبل القبض استبدالًا جائز في غير الصرف والسلم، واختلف في القرض، والأصح جوازه.

ولو باع عبدا وسلم ثم أقال؛ فبيعه من المشتري قبل القبض يجوز، ومن أجنبي لا يجوز، وبه قال الشافعي في قول: يجوز، وفي قول: لا يجوز.

والأصل في جنس هذه المسائل؛ أن البيع متى انفسخ بسبب هو فسخ من كل وجه في حق كافة الناس؛ فبيعه قبل القبض جائز من كل أحد، وما هو فسخ في حق أحد المتعاقدين بيع في حق الثالث يجوز من المشتري دون الأجنبي.

قوله: (ومن اشترى مكيلًا مكايلةً) قُيِّد بالشراء؛ لأنه إذا ملك مكيلًا أو موزونًا أو معدودًا؛ بهبة أو وصية أو ميراث جاز لمن ملك أن يتصرف فيه قبل القبض. وقيل: الكيل والوزن والعدُّ.

وقيد بكونه مكايلةً أو موازنةً بأن قال: اشتريت هذا الطعام على أنه عشرة أقفزة، أو الحديد على أنه كذا مثقالًا؛ لأنه إذا باع المكيل والموزون مجازفة، جاز التصرف فيه قبل القبض، وقبل الكيل بالبيع أو الأكل أو غيرهما، إليه أشير في الإيضاح والجامع الصغير لقاضي خان.

(فاكتاله)؛ أي لنفسه (أو أنزله[1] لنفسه (ثم باعه)؛ أي المشتري بشرط الكيل **(لم يجز للمشتري)** أي للمشتري الثاني (منه) من المشتري الأول **(أن يبيعه أو يأكله)** وبه قال الشافعي ومالك وأحمد.

وكما لا يملك البيع لا يملك سائر التصرفات المختصة بالملك؛ كالهبة والوصية وما أشبهها كذا في المبسوط.

وفي الجامع الصغير للمحبوبي: ولو قبضه بغير كيل وأكله لا يقال: إنه أكله حرامًا؛ لأنه أكل ملك نفسه، إلا أنه أثم لتركه ما أمر به من الكيل.

---

(١) كذا في الأصل، والذي في المتن: (اتزنه).

وَالوَزنَ) «لِأَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَن بَيعِ الطَّعَامِ حَتَّى يَجرِيَ فِيهِ

ومن الفوائد الظهيرية: أما المكيلات فعلى أقسام:

ما يحتاج إلى الكيل مرتين، وهو السلم على ما يجيء.

وبيع العين المكيل مكايلة بعدما اشتراه مكايلة، وإنما كان كذلك؛ لأن الكيل من تمام القبض فيما بيع مكايلة، وأصل القبض شرط جواز التصرف في المبيع فيكون تمام القبض شرطًا أيضًا، وذلك لأن القدر معقود عليه فيما بيع مكايلة.

ألا ترى أنه يلزمه ردُّ الزيادة بنقص الثمن حصة ما انتقص من الثمن، والقدر غير متعين قبل الكيل؛ لتوهم الزيادة والنقصان، ولا ينوب قبض المشتري الأول عن قبض المشتري الثاني؛ فكذا الكيل الذي هو من تمام القبض.

والثاني: ما يحتاج إلى كيل واحد، وهو ما إذا اشترى المسلّم إليه، حنطة مجازفة أو استفاد مزارعة أو إرثًا أو استقرض حنطة على أنها كرٌّ، ثم أوفاها رب السلم أو باعها مكايلة احتيج إليه إلى كيل واحد، وذلك لأن في البيع المجازفة(١)؛ وقع البيع على المشار إليه دون مقدار بعينه.

وكذا فيما استفاده إرثًا أو زراعة، وكذا فيما استفاده قرضًا بشرط المكيل، وإن كان الاستقراض تملكا بعوض فكان كالشراء، إلا أنه شراء صورة، عارية حكمًا؛ لأن ما يرده عين [٢/ ١١٨/أ] المقبوض حكمًا، ولهذا لم يجب قبض بدله في مال الصرف؛ فكان تمليكًا بغير عوض حكمًا.

والقسم الثالث: ما لا يحتاج إلى الكيل، وهو ما إذا اشترى حنطة مجازفة، ثم باعها مجازفة؛ لأنه لا وجه هاهنا إلى تعين المقدار بالكيل.

وأما إذا [كان](٢) المكيل ثمنا على أنه كُرٌّ فقبضه، ثم تصرف فيه قبل الكيل جاز؛ لأن الكيل من تمام القبض، والقبض أصله ليس بشرط في تصرف

---

(١) في الأصل: (المزازفة) والمثبت من النسخة الثانية.

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

صَاعَانِ: صَاعُ البَائِعِ، وَصَاعُ المُشْتَرِي»؛ وَلِأَنَّهُ يُحتَمَلُ أَن يَزِيدَ عَلَى المَشرُوطِ،

الأثمان؛ فكذا لا يشترط ما كان من تمامه، ولو اشتراها مكايلة ثم باعه مجازفة قبل الكيل، وبعد القبض في ظاهر الرواية لا يجوز لما قلنا.

وفي نوادر ابن سماعة: يجوز بخلاف ما إذا باعه مجازفة، وقبضه المشتري حيث يجوز للمشتري أن يتصرف فيه قبل الكيل والوزن؛ لأنه لما اشتراه مجازفة ملك جميع ما كان مشارًا إليه؛ فكان متصرفا في ملك نفسه لأن الزيادة له أي للمشتري.

فإن قيل: كيف يمكن الزيادة في بيع المجازفة؟

قلنا: من الجائز أنه اشترى مكيلًا مكايلة فاكتاله على أنه عشرةٌ كيل مثلًا، ثم باعه مجازفة؛ فإذا هو اثنا عشر في الواقع؛ فيكون زيادة على الكيل الذي اشتراه المشتري الأول، كذا في الكافي.

وقيل: المراد بالزيادة؛ الزيادة التي كانت في ذهن البائع أو ذهن المشتري، وذلك يكون للمشتري وذلك بأن باعه مجازفة مثلًا، وعند البائع أنه مائة قفيز فظهر زائدًا على ما ظنه؛ فتكون الزيادة للمشتري.

(صاع البائع) أراد بصاع البائع صاعه لنفسه حين اشتراه، وبصاع المشتري صاعه لنفسه حين يبيعه؛ لإجماعهم أن البيع الواحد لا يحتاج إلى الكيل مرتين، والمعنى أن العقد الثاني إذا كان مكايلة أيضًا؛ فالذي يستحقه المشتري الثاني ما يدخل تحت كيله.

ألا ترى أنه يلزمه ردُّ ما فضل على مقدار الكيل الذي سماه؛ فلا يتعين ملك المشتري الثاني إلا بإعادة الكيل عليه مرة أخرى، كذا في شرح الأقطع.

وفي الكافي: والنهي عن البيع يقتضي الفساد، إذا كان لمعنى في البيع، وقد وجد؛ إذ تناول ما يحويه الكيل والوزن فهو مجهول؛ فربما يزيد وينقص، لما لم يَكِلْ لنفسه أو اتَّزنَ لا يمتاز المبيع عن غيره؛ فكان المبيع مجهولًا فيفسد البيع، ولأن أصل القبض شرط جواز التصرف... إلى آخر ما بينا في الفوائد.

وَذَلِكَ لِلبَائِعِ وَالتَّصَرُّفُ فِي مَالِ الغَيرِ حَرَامٌ فَيَجِبُ التَّحَرُّزُ عَنهُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَهُ مُجَازَفَةً؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ لَهُ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ الثَّوبَ مُذَارَعَةً؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ لَهُ إِذِ الذَّرعُ وَصفٌ فِي الثَّوبِ، بِخِلَافِ القَدرِ، وَلَا مُعتَبَرَ بِكَيلِ البَائِعِ قَبلَ البَيعِ وَإِن كَانَ بِحَضرَةِ المُشتَرِي؛ لِأَنَّهُ لَيسَ صَاعَ البَائِعِ وَالمُشتَرِي وَهُوَ الشَّرطُ، وَلَا بِكَيلِهِ بَعدَ البَيعِ بِغَيبَةِ المُشتَرِي؛ لِأَنَّ الكَيلَ مِن بَابِ التَّسلِيمِ؛ لِأَنَّ بِهِ يَصِيرُ المَبِيعُ مَعلُومًا وَلَا تَسلِيمَ إِلَّا بِحَضرَتِهِ، وَلَو كَالَهُ البَائِعُ بَعدَ البَيعِ بِحَضرَةِ المُشتَرِي فَقَد قِيلَ: لَا يُكتَفَى بِهِ لِظَاهِرِ الحَدِيثِ، فَإِنَّهُ اعتُبِرَ صَاعَينِ، وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يُكتَفَى بِهِ؛ ....

(والثوب مذارعة) حيث يجوز التصرف للمشتري قبل الذرع.

وقال الشافعي: لا يجوز.

(بخلاف القدر)؛ أي الكيل. (لأنه)؛ أي كيل البائع قبل. (ليس صاع البائع والمشتري)، والمعتبر ذلك ولم يوجد قبل البيع.

(ولا مكيله)[1] أي كيل البائع. (لأن به)؛ أي بالكيل (يصير معلومًا) وممتازًا عن غيره. (إلا بحضرته)؛ أي بحضرة المشتري؛ إذ لا بد للتسليم من متسلم؛ فالتسليم إلى الغائب لا يتحقق كذا في الكافي.

وفي جامع قاضي خان: اختلفوا فيه، والصحيح أنه بشرط كيل آخر.

(والصحيح أنه يكتفى به) أي بالكيل الواحد وعليه الجمهور، وهذا يقتضي أن تكون المسألة في عقد واحد بشرط الكيل؛ لما أن الاكتفاء بالكيل الواحد في الصحيح في العقد الواحد بشرط الكيل، فأما في العقدين بشرط الكيل فالاكتفاء بالكيل الواحد ليس بصحيح من الرواية؛ بل جواب المسألة فيه الكيلان لا غير، على ما يقتضيه الصحيح من الرواية.

وأما على قول من تعلق بظاهر الحديث، في صورة العقدين بشرط الكيل؛ فيجب أربع من الكيل؛ لأن كل واحد من العقدين؛ عقد بشرط الكيل؛ فعلى هذا يلزم في لفظ الكتاب في وضع المسألة في هذا الحكم في آخرها نوع

---

(١) كذا في الأصل والذي في المتن: (بكيله).

لِأَنَّ المَبِيعَ صَارَ مَعلُومًا بِكَيل وَاحِد وَتَحَقَّقَ مَعنَى التَّسلِيمِ، وَمَحمَلُ الحَدِيثِ: اجتِمَاعُ الصَّفقَتَينِ عَلَى مَا نُبَيِّنُ فِي بَابِ السَّلَمِ إن شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، وَلَو اشتَرَى المَعدُودَ عَدًّا ....

تناقض، اللهم إلا أن يريد بما ذكر في آخر المسألة بقوله: والصحيح أنه يكتفى به أحد البيعين، وهو البيع الثاني؛ لما أنه لم يذكر أول المسألة لفظ البيع إلا مرة واحدة؛ فجعل المقصود فيه البيع الثاني.

وفي حقه أجرى الحكم دل عليه قوله: ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين.

وفي الكافي: والحديث محمول على المسلم إليه، إذا اشترى كرا مثل المسلم فيه بشرط الكيل، ووكل رب السلم باقتضائه؛ فإنه لا يصح إلا بصاعين؛ لاختلاف الصفقتين بشرط الكيل؛ أحدهما شراء المسلم إليه، وثانيهما قبض رب السلم لنفسه، وهو كالبيع الجديد فتجتمع الصفقتان.

وعلى بيع العين بأن باع مكيلا مكايلة فإنه يحتاج إلى الكيلين، وهذا يؤيد ما ذكرنا من أن مراد المصنف أحد البيعين، وهو البيع الثاني، ويؤيده أيضًا ما نقلناه من شرح الأقطع.

قوله: (ولو استرد[1] المعدود عدًّا) إذا اشترى المعدود [٢/١١٨/ب] مجازفة، وقبضه جاز له التصرف قبل العدِّ لما ذكرنا في الكيلي والوزني، وإن اشتراه على أنه كذا، وقبضه فباعه أو تصرف فيه تصرفًا آخر قبل العد لم يذكر في الكتاب، وروي عن أبي حنيفة؛ لا يجوز.

وفي المبسوط[2]: وهو أظهر الرواية عنه وهو اختيار الكرخي وبه قال الشافعي، وقال في رواية أخرى: يجوز، وهو قول أبي يوسف ومحمد.

وجه قولهما: أن العد في العدديات ليس بمعيار شرعي؛ بدليل أنه لا يصير مال الربا، حتى يجوز بيع جوزة بجوزتين، وبيضة ببيضتين؛ فصار العد فيها

(١) كذا في الأصل والذي في المتن: (اشترى). (٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٢/ ١٦٦).

فَهُوَ كَالمَذرُوعِ فِيمَا يُروَى عَنهُمَا، لِأَنَّهُ لَيسَ بِمَالِ الرِّبَا، وَكَالمَوزُونِ فِيمَا يُروَى عَن أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، لِأَنَّهُ لَا تَحِلُّ لَهُ الزِّيَادَةُ عَلَى المَشرُوطِ.

قَالَ: (وَالتَّصَرُّفُ فِي الثَّمَنِ قَبلَ القَبضِ جَائِزٌ) لِقِيَامِ المُطلَقِ وَهُوَ المِلكُ، ......

كالذرع في المذروعات؛ فالزيادة والنقصان لا تتحقق فيه إلا بغلط في العدّ بخلاف الكيلي والوزني؛ فالزيادة والنقصان هناك تظهر باجتهاد من الكيّال والوزّان، من غير أن يتيقن بالخطأ فيه؛ فكان العقد متناوِلًا للعين فيه فيجوز التصرف فيه قبل العدّ كما في المذروع كذا في المبسوط[١].

(لأنه)؛ أي المعدود (ليس بمال الربا) حتى يتعلق جواز البيع بالعدد، حتى لو باع قفيزًا من الجوز بقفيزين منه يجوز، وإن كان لا يعلم المساواة؛ فعلم أن الجواز لا يتعلق بالمساواة بالعدد؛ فلا فائدة في تعليق الجواز بالعدد وكذا في جامع فخر الإسلام.

ولأبي [حنيفة][٢]؛ أن التصرف في المكيل والموزون إنما كان حرامًا قبل الكيل لاختلاط البيع بغيره، والاختلاط هاهنا موجود.

ألا ترى أن من اشترى جوزًا على أنها ألفٌ؛ فوجدها أكثر لا تسلم له الزيادة، ولو كان أقل من الألف يسترد حصة النقصان من البائع؛ فإذا اشتركا في العلة اشتركا في الحكم كذا ذكره فخر الإسلام وقاضي خان.

وفي المبسوط[٣]: المعقود عليه العدّ وهو مقدار كالكيل، ولهذا لا تسلم الزيادة له، ويحط النقصان فكان المعقود عليه القدر، والقدر لا يكون معلومًا إلّا بالعدّ، وإنما لا يجري فيه الربا؛ لأنه صار عدديًا وأمثالًا متساويةً باصطلاح الناس، لا بجعل الشرع إياه أمثالًا؛ فإذا باع جوزة بجوزتين فقد أعرضا عن ذلك الاصطلاح، وما يثبت باصطلاح المتعاقدين يرتفع باصطلاحهما أيضًا بخلاف الكيل والوزن.

وفي الكافي: فكان قوله أوضح.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٢/ ١٦٦).

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٢/ ١٦٦).

وَلَيسَ فِيهِ غَرَرُ الِانفِسَاخِ بِالهَلَاكِ، لِعَدَمِ تَعَيُّنِهَا بِالتَّعيِينِ، بِخِلَافِ المَبِيعِ، قَالَ: **(وَيَجُوزُ لِلمُشتَرِي أَن يَزِيدَ لِلبَائِعِ فِي الثَّمَنِ وَيَجُوزُ لِلبَائِعِ أَن يَزِيدَ لِلمُشتَرِي فِي المَبِيعِ، وَيَجُوزُ أَن يَحُطَّ مِن الثَّمَنِ وَيَتَعَلَّقُ الِاستِحقَاقُ بِجَمِيعِ ذَلِكَ)** فَالزِّيَادَةُ وَالحَطُّ يَلتَحِقَانِ بِأَصلِ العَقدِ عِندَنَا، وَعِندَ زُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ رحمه الله: لَا يَصِحَّانِ عَلَى اعتِبَارِ الِالتِحَاقِ(*)،

(وليس فيه) أي في التصرف في الثمن (غرر الانفساخ)؛ لأنه لا يتعين إلا بالتعيين؛ فلا ينفسخ البيع الأول بهلاكه، وإذا لم ينفسخ يبقى الثمن على ذمة المشتري، كما كان ملكًا للبائع فيجوز تصرفه في ملكه بخلاف المبيع، وكذا قبل الكيل والوزن يجوز التصرف فيه، سواء كان الثمن مما يتعين أو مما لا يتعين كالمكيلات والموزونات وغيرهما.

وقال الشافعي: إن كان عيبًا لا يجوز؛ لأن الثمن والمبيع حال التعيين سواء عنده؛ لما أن الأثمان تتعين بالتعيين عنده في العقود والفسوخ، وإن لم يكن معينًا لم يجز أيضًا في قول، وفي أصح قوليه يجوز.

وقلنا: الثمن وجب في الذمة، والقبض لا يرد عليه حقيقة؛ فإنما طريق قبضه أن يقبض مثله عينًا فيصير مضمونًا عليه، وإذا كان طريق القبض هذا لم يقع الفرق بين أن يكون المقبوض من جنسه أو من خلاف جنسه؛ لأنه مضمون عليه بمعناه والمقاصّة تقع بمعناه.

وعن ابن عمر أنه قال: كنا نبيع الإبل بالبقيع فنأخذ مكان الدراهم الدنانير، ومكان الدنانير الدراهم(١)، وكان يُجَوِّزُه رسول الله ﷺ بخلاف السلم؛ لأنه وإن كان دَينًا، ولكن الشرع جعل المقبوض في السلم حكم عين المستحق بالعقد؛ لأن الأصل فيه أن يكون مبيعًا، والاستبدال عن المبيع لا يجوز قبل القبض كذا في الإيضاح.

(*) الراجح: قول الجمهور.

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٥٠ رقم ٣٣٥٤) والترمذي (٢/ ٥٣٥ رقم ١٢٤٢) والنسائي (٧/ ٢٨١ رقم ٤٥٨٢) وابن ماجه (٢/ ٧٦٠ رقم ٢٢٦٢) قال الترمذي: هذا حديث، لا نعرفه مرفوعا إلا من حديث سماك بن حرب، عن سعيد بن جبير، عن ابن عمر. وروى داود بن أبي هند هذا الحديث، عن سعيد بن جبير، عن ابن عمر موقوفا. وصححه الحاكم (٢/ ٥٠ رقم ٢٢٨٥) على شرط مسلم وأقره الذهبي.

بَل عَلَى اعتِبَارِ ابتِدَاءِ الصِّلَةِ، لَهُمَا: أَنَّهُ لَا يُمكِنُ تَصحِيحُ الزِّيَادَةِ ثَمَنًا؛ لِأَنَّهُ يُصَيِّرُ مِلكَهُ عِوَضَ مِلكِهِ، فَلَا يَلتَحِقُ بِأَصلِ العَقدِ، وَكَذَا الحَطُّ؛ لِأَنَّ كُلَّ الثَّمَنِ صَارَ مُقَابَلًا بِكُلِّ

قوله: (بل على اعتبار ابتداء الصلة)؛ أي الهبة فإن الزيادة في الثمن، والثمن عندهما هبة مبتدأة، لا تتم إلا بالتسليم، ويستوي في ذلك الزيادة من المشتري وغيره.

وكذا الحط عندنا (يلتحق بأصل العقد) حتى يثبت في حق الشفيع والموكل.

وعندهما (بِرّ مبتدأ) في حق من حطَّ عنه خاصة.

وفي وجيزهم: لا يجوز شرط أجل وخيار، وزيادة ثمن ومثمن بعد لزوم العقد، والأقيس منعه أيضًا في الجواز؛ يريد حالة الخيار في المجلس فعنده عدم جواز الزيادة بعد اللزوم قولًا واحدًا، وفيما قبل اللزوم خلافًا في مذهبه.

قوله: (لأنه)؛ أي تصحيح الزيادة (ملكه)؛ أي ملك المشتري أو البائع (عوض ملكه) وذلك؛ لأن المشتري ملك المبيع فلو زاد في الثمن مع ذلك كانت الزيادة لأجل ملك نفسه، وهو المبيع كما أن الثمن [٢/ ١١٩/أ] لا يستحق إلّا عوضًا، والمبيع كله صار ملكا للمشتري بالعقد فصار ملكه عوض ملكه، وذلك لا يجوز كالمودع يشتري من المودع، وهذا في حق الأجنبي أولى؛ فإن لم يملك شيئًا من المبيع فكيف يلتزم الثمن بمقابلة ما لا يملكه؟.

ولا يمكن إثبات الزيادة من وقت العقد؛ فإن المبيع لو كان هالكًا في الحال، أو كانت جارية فأعتقها، أو دبّرها لم تثبت الزيادة في الثمن، وكذلك الزيادة في الصداق لا تتنصف بالطلاق قبل الدخول؛ فلو ثبت من وقت العقد لكان حكمها حكم المسمى، كذا في المبسوط(١).

(فلا يمكن إخراجه)؛ أي إخراج بعض الثمن، عن كونه ثمنا؛ لأن أجزاء العوض منقسم على أجزاء المعوض؛ فبالحطِّ يصير بعض المبيع بلا عوض، وذا لا يجوز، ولا يمكن تقسيم باقي الثمن بعد الإخراج على كل المبيع؛ لأن ذلك

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٣/ ٨٤).

المَبِيعِ، فَلَا يُمكِنُ إخرَاجُهُ فَصَارَ بِرًّا مُبتَدَأً، وَلَنَا: أَنَّهُمَا بِالحَطِّ وَالزِّيَادَةِ يُغَيِّرَانِ العَقدَ مِن وَصفٍ مَشرُوعٍ إِلَى وَصفٍ مَشرُوعٍ، وَهُوَ كَونُهُ رَابِحًا أَو خَاسِرًا أَو عَدلًا، وَلَهُمَا وِلَايَةُ الرَّفعِ فَأَولَى أَن يَكُونَ لَهُمَا وِلَايَةُ التَّغَيُّرِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا أَسقَطَا الخِيَارَ أَو شَرَطَاهُ

يحتاج إلى إنشاء العقد والكلام فيما إذا لم ينشأ.

وفي الكافي والمبسوط(١): الثمن كله صار مستحقًّا بالعقد؛ فلا يمكن إخراج بعضه إلا بفسخ العقد في ذلك القدر، والفسخ لا يكون في أحد العوضين دون الآخر، على أن الثمن معقود به، وفسخ العقد يرد في المعقود عليه دون المعقود به، وقاسا حط البعض بحط الكل؛ فكما أن ذلك بِرٌّ مبتدأٌ لا يثبت في حق الموكل والشفيع؛ فكذا حط البعض فصار برًّا مبتدأ.

ولنا في ذلك قوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَٰضَيْتُم بِهِۦ مِنۢ بَعْدِ ٱلْفَرِيضَةِ﴾ [النساء: ٢٤]؛ أي من فريضة بعد الفريضة، وذلك تنصيص على أن حكم الزيادة المفروضة بعد العقد؛ كحكم المفروض في العقد، إلا ما قام الدليل عليه، وقد قام على أنه لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول إلا ما تأكد بالتسمية في أصل العقد بالنص؛ ففيما سوى ذلك كان حكم الزيادة حكم الأصل.

والمعنى أنهما؛ أي البائع والمشتري غَيَّرَا العقدَ بتراضيهما، من وصفٍ مشروعٍ إلى وصفٍ مشروعٍ؛ فجعل كالمذكور في أصل العقد كما لو كان البيع بخيارٍ لهما أو لأحدهما؛ فأسقط الخيار، أو بغير خيار بشرط الخيار لهما أو لأحدهما، وهذا لأن البيع المشروع ثلاثة أنواع: خاسرٌ ورابحٌ وعدلٌ، والزيادة في المبيع أو الثمن أو الحط تغيره إلى أحد هذه الأوصاف، ولا يرفع أصله كما شرع بآثار ويختار، والتخيير بغير وصفه.

وهذا لأن الزيادة في الثمن تجعل الخاسر عدلًا، والعدل رابحًا، والحطُّ يجعل الرابح عدلًا أو العدل خاسرًا، وهما يملكان التصرف في أصل العقد بالنقض بالإقالة؛ فأولى أن يملكا تغييره من وصف إلى وصف؛ لأن التصرف في صفة الشيء أهون من التصرف في أصله.

وفي المبسوط(٢): وأما قوله: أنه يلتزم العوض عن ملكه.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ٨٤). (٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ٨٥).

بَعدَ العَقدِ، ثُمَّ إذَا صَحَّ يَلتَحِق بِأَصلِ العَقدِ؛ لِأَنَّ وَصفَ الشَّيءِ يَقُومُ بِهِ لَا بِنَفسِهِ، بِخِلَافِ حَطِّ الكُلِّ؛ لِأَنَّهُ تَبدِيلٌ لِأَصلِهِ لَا تَغيِيرٌ لِوَصفِهِ فَلَا يَلتَحِقُ بِهِ، وَعَلَى اعتِبَارِ الِالتِحَاقِ لَا تَكُونُ الزِّيَادَةُ عِوَضًا عَن مِلكِهِ، وَيَظهَرُ حُكمُ الِالتِحَاقِ فِي التَّولِيَةِ وَالمُرَابَحَةِ، حَتَّى يَجُوزُ عَلَى الكُلِّ فِي الزِّيَادَةِ وَيُبَاشِرَ عَلَى البَاقِي فِي الحَطِّ وَفِي الشُّفعَةِ، حَتَّى يَأخُذَ بِمَا بَقِيَ فِي الحَطِّ، وَإِنَّمَا كَانَ لِلشَّفِيعِ أَن يَأخُذَ بِدُونِ الزِّيَادَةِ لِمَا فِي الزِّيَادَةِ مِن إبطَالِ حَقِّهِ الثَّابِتِ فَلَا يَملِكَانِهِ، ....

فقلنا: قيام الملك لقيام المعقود عليه، والمعقود عليه قائم في يد المشتري على وجه يجوز الاعتياض عنه؛ فيصح منه التزام العوض بمقابلته أيضًا؛ لأن الإنسان إنما لم يلتزم العوض عما هو مملوك له أصلًا مقصودًا؛ فأما ربحًا فقد يلتزم، وهذا لأن الأرباح في حكم الصِّلات، ولهذا لو حصل من المريض معتبرًا من الثلث، ولأنه تبع والعوض بمقابلة الأصل دون التبع.

ألا ترى أن أطراف المبيع تستحق بالمعاوضة تبعًا، ولا يقابلها شيء من الثمن.

(ثم إذا صح)؛ أي الحط أو الزيادة (التحق بأصل العقد)؛ لأن وصف الشيء لا يقوم بنفسه، وإنما يقوم بالموصوف؛ لأنه إذا (حط الكل تبديلًا)؛ أي تغييرًا لأصل العقد (لا لوصفه)؛ لأن الإنسان لا يكون مغبونًا بجميع الثمن ولو التحق بأصل العقد؛ فأما أن يفسد العقد لأنه يبقى تبعًا بلا ثمن.

وقد علمنا أنهما لم يقصدا ذلك؛ فحينئذ يكون تغييرًا من مشروع إلى غير مشروع، أو يصير ذلك العقد هبة، وقد كان قصدهما التجارة لا الهبة، فأما حط البعض لو التحق بأصل العقد تحقق مقصودهما فيجوز، إليه أشير في المبسوط[١].

وقوله: (وعلى اعتبار الالتحاق) جواب عن تعليل زفر والشافعي بالزيادة يصير ملكه عوض ملكه فقال: إذا اعتبرنا الالتحاق كانت الزيادة في عوض عن ملك الغير، لا عن ملك نفسه؛ إذ حكم الزيادة حكم المزيد عليه.

(من إبطال حقه)؛ أي حق الشفيع (الثابت) بالعقد الأول (فلا يملكانه)؛

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ٨٥).

ثُمَّ الزِّيَادَةُ لَا تَصِحُّ بَعدَ هَلَاكِ المَبِيعِ عَلَى ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ؛ لِأَنَّ المَبِيعَ لَم يَبقَ عَلَى حَالَةٍ يَصِحُّ الِاعتِيَاضُ عَنهُ، وَالشَّيءُ يَثبُتُ ثُمَّ يُستَنَدُ، بِخِلَافِ الحَطِّ، ....

أي التصرف بالزيادة فيما يرجع إلى الشفيع لأنه إضرار به فلم تظهر الزيادة في حقه، وثم لم يتعلق بهذا العقد حق آخر فظهرت الزيادة، ثم الزيادة إلى الزيادة في الثمن غير صحيحة بعد هلاك المبيع؛ لأن الزيادة تغيير العقد من وصف إلى وصف؛ فيستدعي قيام العقد وقيامه [٢/ ١١٩/ب] بقيام المعقود عليه.

ألا ترى أنه لو أَجَّرَ المشترى أو رهن أو ذبح، أو خاط أو اتخذ سيفًا أو قطع يده، وأخذ المشتري الأرش، صحت الزيادة؛ لقيام المعقود عليه، ولو باع من المرتهن والمستأجر أو باع أو طحن، أو نسج أو تخمّر العصير أو أسلم مشتري الخمر لا تصح الزيادة؛ لفوات محل العقد؛ فالعقد لم يرد على المطحون والمنسوج، ولهذا يصير الغاصب أحق بهما بخلاف الذبح.

(وقوله: على ظاهر الرواية)؛ احتراز عما روى الحسن عن أبي حنيفة في غير رواية الأصول: أن الزيادة تصح كالحط.

وجه ظاهر الرواية: أن المعقود عليه لم يبق على وجه (يصح الاعتياض عنه)؛ فلا يمكن إثبات الزيادة عوضًا؛ لأنه لا بد لإثبات الزيادة عوضًا من اعتبار الحال، ثم الاستناد إلى وقت العقد، وقد تعذر إثباتها في الحال فلا يظهر فيها حكم الاستناد كالبيع الموقوف؛ فإنه لا بد من قيام المبيع عند الإجارة ليثبت الملك مستندًا إلى وقت العقد.

وفي المبسوط[١]: وعلى هذا لو كانت الزيادة من الأجنبي وضمنها؛ لأنه التزمها عوضًا، وهذا الالتزام صحيح منه، وإن لم يملك بمقابلته شيئًا، كما لو خالع المرأة مع أجنبي على مال، وضمنه صح، وإن لم يملك الأجنبي شيء بمقابلته.

(بخلاف الحط) يعني صح الحط؛ لأن عمله في إخراج القدر المحطوط عن أن يكون ثمنًا؛ فالشرط فيه قيام الثمن لا قيام المبيع، والثمن باق فيثبت الحط على سبيل الالتحاق بأصل العقد.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ٨٥).

لِأَنَّهُ بِحَال يُمكِنُ إخرَاجُ البَدَلِ عَمَّا يُقَابِلُهُ فَيُلتَحَقُ بِأَصلِ العَقدِ استِنَادًا.

قَالَ: (وَمَن بَاعَ بِثَمَنٍ حَالٍّ ثُمَّ أَجَّلَهُ أَجَلًا مَعلُومًا صَارَ مُؤَجَّلًا)؛ لِأَنَّ الثَّمَنَ

ألا ترى أنه يصح الحط بسبب العيب، ولأن الإسقاط عوض المعدوم يصح، والاعتياض عنه لا يصح؛ فذكر البقالي وابن سماعة؛ الزيادة في المبيع بعد هلاكه تصح، بخلاف الزيادة في الثمن بمقابلة المبيع، والمبيع هالك فلا يجوز الاعتياض عنه.

وفي المبسوط[1]: لا تثبت الزيادة بعد الإعتاق والتدبير؛ لأنه لم يبق المعقود عليه على وجه يجوز الاعتياض عنه، وهذا لأنه لا بد لإثبات الزيادة عوضا من اعتبار الحال، ثم الإسناد إلى وقت العقد، وقد تعذر إثباتها في الحال فلا يظهر حكم الاستناد، كما قلنا في البيع الموقوف؛ أنه لا بد من قيام المبيع وقت الإجارة ليثبت الملك مستندًا.

(لأنه) أي المبيع **(بحال يمكن إخراج البدل عما يقابله)**؛ يعني لا يمكن إثبات الثمن بمقابلة المبيع الهالك، ويمكن إخراج الثمن وإسقاطه بمقابلة الهالك؛ لأن الحط يلائم الهالك.

وفي المجتبى: في المحيط شرط صحة الزيادة في الثمن؛ بقاء المبيع محلًّا للمقابلة في حق المشتري حقيقة حتى لو باعه المشتري أو تصدق أو وهبه وسلم؛ لا تصح الزيادة.

وعن محمد: تصح لبقاء المبيع، ولو تقابضا عبدًا بأمةٍ وهلك أحدهما؛ صحت الزيادة عند أبي حنيفة وأبي يوسف، والزيادة في المهر بعد موتها لا تصح.

وفي جمع التفاريق: تجوز الزيادة في المبيع بعد هلاك المبيع، هكذا ذكر في المنتقى، ويكون لها الحصة من الثمن حتى لو هلكت قبل القبض سقط بحصتها شيء من الثمن، ولو اشترى عبدًا بدراهم وتقابضا، ثم رده بعيبٍ بقضاءٍ فلم يقبضه حتى باعه من المشتري يجوز، ومن الأجنبي لا يجوز.

قوله: (صار مؤجّلًا) وقال الشافعي: لا يصير مؤجّلًا حتى يجوز له أن يطالبه في الحال؛ لأن هذا وعد، وكذا خلافه في كل دين حالٍّ إذا أُجِّلَ فعندنا

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ٨٥).

حَقُّهُ، فَلَهُ أَن يُؤَخِّرَهُ تَيسِيرًا عَلَى مَن عَلَيهِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَملِكُ إبرَاءَهُ مُطلَقًا فَكَذَا مُؤَقَّتًا، وَلَو أَجَّلَهُ إِلَى أَجَلٍ مَجهُول إن كَانَت الجَهَالَةُ مُتَفَاحِشَة كَهُبُوبِ الرِّيحِ لَا يَجُوزُ، وَإِن كَانَت مُتَقَارِبَة كَالحَصَادِ وَالدِّيَاسُ يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُ بِمَنزِلَةِ الكَفَالَةِ وَقَد ذَكَرنَاهُ مِن قَبلُ.

قَالَ: (وَكُلُّ دَينٍ حَالٌّ إِذَا أَجَّلَهُ صَاحِبُهُ صَارَ مُؤَجَّلًا)؛ لِمَا ذَكَرنَا (إِلَّا القَرضَ) فَإِنَّ تَأجِيلَهُ لَا يَصِحُّ؛ لِأَنَّهُ إِعَارَةٌ وَصِلَةٌ فِي الِابتِدَاءِ حَتَّى يَصِحَّ بِلَفظَةِ الإِعَارَةِ، وَلَا

يصير مؤجّلًا وبه قال مالك. وعنده؛ لا.

(إلا القرض فإن تأجيله لا يصح) عندنا وعنده.

وفي المبسوط[1]: معناه أنه لو أجله عند الاقتراض مدة أو بعده لا يثبت الأجل، وله أن يطالبه في الحال. وعند مالك: يصح تأجيل القرض أيضًا؛ لأنه صار دينًا في ذمته بالقبض فصح التأجيل فيه كسائر الديون. ولو مات المقرض وأجَّلَ وارثه قال الإمام قاضي خان: لا يصح كما لو أجّل المقرض.

وقال صاحب المحيط: ينبغي أن يصح من الوارث على قول البعض، وقال واحد من الفقهاء: رأيت في المنتقى أن القرض إذا أصاب مستهلكا يصح تأجيله، والصحيح أنه لا يصح.

وقال الإمام السرخسي[2]: التأجيل في بدل المستهلك صحيح سواء كان المستهلكُ صحيحًا؛ دراهمَ أو دنانيرَ أو غير ذلك، وعند زفر لا يصح، والحيلة في تصحيح تأجيل القرض؛ أن يحيل المستقرض القرض على آخر بدينه، وأجَّل المقرض ذلك الرجل فحينئذ يصح كذا في فصول الأُسْتَرَوْشَنِي[3].

(وقد ذكرناه من قبل) أي في آخر باب البيع الفاسد، في أن الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة، وفي تأجيل الدين كما في الحصاد والدّياس.

(حتى يصح بلفظ[4] الإعارة)، فإن قال: أعرت مكان أقرضت يكون

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٤/ ٣٣). (٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٤/ ٣٤).

(٣) هو أبو جعفر الأستروشني تفقه على أبي بكر محمد بن الفضل السبذموني عن أبي حفص الصغير عن أبي حفص الكبير عن محمد بن الحسن، وتفقه عليه أبو زيد الدبوسي، ولم يذكر اللكنوي وفاته (الفوائد البهية ص٥٧).

(٤) كذا في الأصل، والذي في المتن: (بلفظة).

يَملِكُهُ مِن لَا يَملِكُ التَّبَرُّعَ كَالوَصِيِّ وَالصَّبِيِّ، وَمُعَاوَضَةٌ فِي الِانتِهَاءِ، فَعَلَى اعتِبَارِ الِابتِدَاءِ لَا يَلزَمُ التَّأجِيلُ فِيهِ كَمَا فِي الإِعَارَةِ، إذ لَا جَبرَ فِي التَّبَرُّعِ، وَعَلَى اعتِبَارِ الِانتِهَاءِ لَا يَصِحُّ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ بَيعَ الدَّرَاهِمِ بِالدَّرَاهِمِ نَسِيئَة وَهُوَ رِبا، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا أَوصَى أَن يُقرِضَ مِن مَالِهِ أَلفَ دِرهَم فُلَانًا إِلَى سَنَةٍ، حَيثُ يَلزَمُ الوَرَثَةَ مِن ثُلُثِهِ أَن يُقرِضُوهُ وَلَا يُطَالِبُوهُ قَبلَ المُدَّةِ؛ لِأَنَّهُ وَصِيَّةٌ بِالتَّبَرُّعِ بِمَنزِلَةِ الوَصِيَّةِ بِالخِدمَةِ وَالسُّكنَى فَيَلزَمُ حَقًّا لِلمُوصِي، وَاللَّهُ تَعَالَى أَعلَمُ.

قرضا، ومعاوضة في الانتهاء؛ لأنه أعطاه ثم أخذ عوضه حتى يلزمه رد مثله كالصبي والوصي، والعبد والمكاتب، كما في الإعارة [٢/ ١٢٠/أ] فإن المعير وقّتها سنةً فله أن يستردها من ساعته، ولأن الأجل لو لزم فيه لصار التبرع ملزمًا على المتبرع شيئًا، وهو الكف عن المطالبة إلى مضي الأجل وذا ينافي موضوع التبرعات قال تعالى: ﴿مَا عَلَى ٱلۡمُحۡسِنِينَ مِن سَبِيلٍۚ﴾ [التوبة: ٩١] ولم يثبت الخبر؛ ليتحقق السبيل فشرط ما يناقض العقد لغو، كذا في الكافي.

وقال القدوري: العين المردودة في القرض كنفس العين المأخوذة من المقرض، ولولا ذلك لكان تمليك دراهم بدراهم من غير قبض في المجلس، وذا لا يجوز، ومتى جعلت كالعين لا يصلح التأجيل؛ لأن التأجيل في الأعيان لا يصح.

وفي شرح الأقطع: لو شرط الأجل في ابتداء القرض بطل الشرط، وصح القرض؛ فكذلك إذا شرطاه في ثاني الحال.

(أن يقرضوه)؛ أي الورثة (ولا يطالبوه قبل المدة) وبه قال الشافعي. (فيلزم)؛ أي الأجل رعاية (لحق الموصي) فإن إعارة السكنى في حال الحياة لا يلزم، ويجوز الرجوع فيه، وفي الوصية لا يرجع فكذا في القرض؛ لأن باب الوصية أوسع من سائر التصرفات.

ولهذا لو أوصى بثمرة بستانه يجوز، وإن كانت الثمرة معدومة في الحال؛ رعاية لحق الموصي، ونظرًا لأنه عاجز عن النظر في حق نفسه؛ فالشرع نظر له حين جوزه، ولأن الوصية؛ عقد مضاف إلى حال زوال المالكية؛ فيجوز فيها ما لا يجوز في غيرها والله أعلم.

فهرس المحتويات